<36635564600013

<36635564600013

Bayer. Staatsbibliothek

Jur. opp. 8-16 pp 8

Juristische
Beobachtungen
und
Rechtsfälle,

größtentheils

in der Göttingischen Juristenfacultät und in der K. Justitzcanzley zu Hannover

gesammelt und herausgegeben

von

Günther Heinrich von Berg,

der Rechte Doctor, Hof- und Canzleyrath, und Advocatus Patriä zu Hannover.

Erster Theil.

Hannover,
im Verlage der Gebrüder Hahn.
1802.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Die meisten genaueren Untersuchungen einzelner Rechtsfragen werden unstreitig durch wirkliche Fälle veranlaßt, da diese die dringendsten Beweggründe an die Hand geben, eine Sache von allen Seiten zu betrachten. Die mancherley Verwickelungen der Thatsachen, die oft seltsam zusammentreffenden Umstände, die verschiedenen Gesichts-

puncte,

kte, aus welchen die Parteyen und ihre Sachwalter, und auch die auf einander folgenden Gerichte und deren einzelne Glieder, eine Rachtssache ansehen und beurtheilen, müssen nothwendig zu der gründlichsten und vielseitigsten Prüfung anreizen, da es nicht um theoretische Speculationen, noch weniger um Glanz durch Neuheit und Eigenheit, sondern um möglichst einfache und klare Anwendung der Gesetze auf wirkliche Thatsachen und hiernach um Bestimmung des Rechts unter den Parteyen oder um die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit einer Handlung, und der Unschuld oder Strafbarkeit des Thäters zu thun ist. Eine andere, nicht minder interessante Seite hat der Theil des Amts eines Rechtsgelehrten, der nicht im Angriff oder in der Vertheidigung, sondern im friedlichern Rathgeben besteht. Vielleicht ist hier manchmal die Untersuchung, oder wenigstens die Darstellung ihres Resultats, einseitiger, wie es etwa der Zweck des Rathsbedürftigen erfordert. Aber dagegen ist auch die Rücksicht auf alles, was den Rechten nach nützlich und rathsam seyn kann, sorgfältiger

ger und ausgedehnter, so daß für die iurisprudentia cautelaris daraus ein nicht geringer Gewinn zu hoffen ist. Hauptsächlich in dieser doppelten Hinsicht habe ich eine sorgfältige Auswahl und Bearbeitung von Rechtsfällen jederzeit für gemeinnützlich, und neuere Erscheinungen dieser Art um so weniger für überflüßig gehalten, da, der Mannigfaltigkeit der Fälle nicht zu gedenken, die Fortschritte in der Theorie auch gegen die furchtbare Autorität der Observanzen und Präjudicien nach und nach ihren wirksamen Einfluß auf die Praxis äussern, und es daher nicht unwichtig ist, diese allmähligen Veränderungen derselben zu beobachten. Mit besonderer Rücksicht auf diesen Umstand sind nachstehende Beobachtungen und Rechtsfälle aus einer beträchtlichen Sammlung ausgewählt. Die Nummern II. IV. VI. VII. VIII. IX. X. XI. XII. XIV. XV. XVI. XVIII. XIX. XXII. XXIV. XXVI. XXVII. XXIX. XXXIII. sind durch Verhandlungen in der Göttingischen Juristenfacultät, die Nummern XIII. XVII. XXX. XXXI. XXXII. durch Entscheidungen der hiesigen Königlichen Justizcanzley, die übrigen durch Privatarbei-

Vorrede.

ten des Herausgebers veranlaßt. Findet dieser erste Versuch einigen Beyfall; so wird vielleicht nach Jahresfrist eine Fortsetzung folgen, die besonders durch verschiedene wichtige peinliche Fälle an Interesse gewinnen dürfte.

Hannover den 30. Jan. 1802.

G. H. v. Berg.

Inhalt.

Inhalt.

I. Ueber die Steuerfreyheit der Cammergüter, insonderheit nach deren Veräußerung, und in Beziehung auf Reichs-Kriegssteuern. S. 1-54.

I. Veranlassung dieser Untersuchung. II. Verwirrung der Begriffe von Staatsgütern und Privatgütern der Regenten, §. 1. III. Nähere Bestimmung derselben, §. 2. IV. Verschiedene Arten dieser Güter, §. 3. V. Cammergüter, §. 4. VI. Verhältniß dieser Güter gegen einander, §. 5. VII. Steuerfreyheit der Cammergüter, §. 6. VIII. Teutsche Landesherrliche Cammergüter, §. 7. XI. Deren Natur, §. 8. X. Deren Steuerfreyheit, §. 9. XI. Ausnahmen davon, §. 10. XII. Folgerungen in Beziehung auf teutsche Cammergüter überhaupt, §. 11. XIII. Fortdauer der Steuerfreyheit veräußerter Cammergüter, §. 12. XIV. Ausnahme, vermöge der Landesverfassung, §. 13. XV. Gleichheit eigentlicher Domainen und bloßer Hausgüter,

in

Inhalt.

in Rücksicht auf Steuerfreyheit, §. 14. XVI. Selbst wenn sie nicht mehr Cammergüter sind, §. 15. XVII. Steuerfreyheit veräußerter Cammergüter, auch in Reichskriegen, §. 16. XVIII. Vertragsmäßige Gewährung derselben, §. 17. XIX. Ohne Rücksicht auf angebliche außerordentliche Staatsbedürfnisse, §. 18. XX. XXI. oder auf vorgebliche Unmöglichkeit an einen ganz ausserordentlichen Fall zu denken, §. 19. 20. XXII. Oder auf angebliche Unstatthaftigkeit einer solchen Befreyung, §. 21. XXIII. Höchstens Gleichstellung veräußerter Cammergüter mit den nicht veräußerten, §. 22.

III. Ueber erbmarschallamtliche Rechte, Ausschließung vom Landtage, Infamie nach teutschen Grundsätzen, Ausforderung zum Duell und Injurien, besonders unter Standespersonen. S. 55-87.

I. Ein Erbmarschall hat nicht alle Rechte eines Präsidenten oder Directors eines Collegii. Er darf die Qualification der Landtagsglieder nicht einseitig prüfen, noch sie für sich von Landesversammlungen zurückweisen, wohl aber nach vorgängigem Schlusse des Landtages. Wer sich jedoch dadurch beschwert glaubt, dem steht der Weg Rechtens frey. — II. Von Landständischen Versammlungen sind in Churſachsen alle ausgeschlossen, welche in causa famosa condemnirt sind. Dafür sind aber nur solche Sachen zu halten, wobey ein rechtskräftiges Erkenntniß dem schuldig befundenen Theile den Verlust der Ehre ausdrücklich zuzieht, und die römischen Gesetze sind hier nicht anwendbar. III. Wer in ei-

nem,

Inhalt.

nem, übrigens rechtmäßigen Geschäfte, des Andern Ehre ohne Noth kränkt, fügt diesem eine widerrechtliche Beleidigung zu. IV. Die unbestimmte Forderung einer der Geburt und dem Stande gemäßen Genugthuung deutet nicht schlechterdings auf eine Herausforderung zum Duell. V. Ein Denunciant, der einigen Grund für sich hat, ist weder zum Kostenersatz, noch zu sonstiger Genugthuung verbunden. VI. Wenn das corpus delicti zweifelhaft, und überdieß von dem Denuncianten keine wahrscheinliche Gefahr zu besorgen ist; so findet dessen Verhaftung nicht Statt.

III. Ueber die rechtlichen Wirkungen eines Kaufvertrags mit angehängter Rückfalls-Bedingung. S. 88-121.

IV. Ueber die Archidiaconal-Gerichtbarkeit, besonders im Osnabrückischen. S. 122-139.

Mangel einer unpartheyischen Erörterung der noch bestehenden Archidiaconal-Rechte. — Zweifel über die Gerichtbarkeit der Archidiacone. — Veranlassung der gegenwärtigen Untersuchung. — Steht den noch vorhandenen wirklichen Archidiaconen die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen zu? — Aeltere Verfassung in Teutschland. — Gemeinrechtliche Bestimmung. — Kömmt es lediglich auf den Besitzstand und das Herkommen an? — Stehet die Einführung der Vicariate den Archidiaconen entgegen? — Hat das Tridentinische Concilium die Gerichtbarkeit der Archidiaconen in geistlichen Streitsachen auf-

Inhalt.

aufgehoben? — Haben die Archidiacone im Osnabrückischen nach der dortigen besondern Verfassung die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen? — Nach der Osnabrückischen beständigen Wahlcapitulation? — Nach einer besondern Verordnung von 1720? — Nach einem responso der rota Rom. v. 1725.? — Was hat das Archidiaconat zu Klarholz für besondere Rechte?

V. Wie sind die Fatalien zu berechnen, wenn remedia elective eingewendet sind? S. 140-147.

VI. Ein landesherrlicher Freybrief befreyt nicht von den Kirchenanlagen. S. 148-152.

VII. Von der Zurückforderung veräußerter Pupillar-Güter. S. 153-173.

I. Geschichte der Sache, §. 1. II. Geschichte des Processes, §. 2. III. Die Einrede der Verjährung kann auch noch im Laufe des Processes vorgebracht, und muß vom Richter supplirt werden, wenn die Thatsache der Verjährung aus den Acten erhellt, §. 3. IV. Unbekanntschaft mit der geschehenen Veräußerung hindert die Verjährung nicht, es sey denn, daß der Kläger, die nöthige Kenntniß zu erlangen, sich vor beendigter Verjährungszeit vergeblich bemüht habe, §. 4. V. Das Recht, Grundstücke der Minderjährigen, welche ohne Beobachtung der gesetzlichen Form veräußert sind, zurückzufordern, ist nach 5 Jahren, von erlangter Volljährigkeit an, verjährt, ohne Rücksicht, ob der Minderjährige an der Veräußerung selbst Theil genommen habe oder nicht,

Inhalt.

nicht, §. 6. VI. Auch entschuldigt in der Regel die Unwissenheit nicht, §. 7. VII. Grundstücke der Minderjährigen, die ohne hinreichende Ursachen veräußert sind, können, wenn auch die Form als beobachtet anzunehmen ist, aus diesem besondern Grunde zurückgefordert werden, §. 8. VIII. Die hierauf beruhende Klage dauert 30 Jahre, §. 9. IX. Anwendung der aufgestellten Grundsätze auf den gegebenen Fall, insonderheit in Ansehung der Verbindlichkeit zur Beweisführung, §. 10. X. In wie fern die Veräußerung von Grundstücken Minderjähriger ex capite doli angefochten werden kann, §. 11. XI. Von dem Gebrauche des remed. l. 2. C. de rescind. vend. in dem vorliegenden Falle, §. 12.

VIII. Von den Wirkungen der einer fremden Obrigkeit übertragenen Testaments-Vollstreckung in Rücksicht auf die Gerichtbarkeitsrechte der ordentlichen Obrigkeit, sowohl im allgemeinen, als insonderheit nach den Grundsätzen der Reichsritterschaft und des kaiserlichen Hofes. S. 174-186.

Ein Testirer kann den von ihm ernannten Executoren eine schiedsrichterliche Gewalt übertragen, aber seine Erben ihrem ordentlichen Gerichtsstande nicht entziehen. — Jene Uebertragung ist nur anzunehmen, wenn sie deutlich und ausdrücklich geschehen ist. — Die Reichs-Ritterschaft wird von den Reichsgerichten bey dem Recht der Obsignation, Inventur und Vertheilung der Verlassenschaft eines im reichsständischem Gebiete gestorbenen Mitgliedes geschützt. — Die Testaments-

mentsvollstreckung und die gerichtliche Auseinandersetzung können neben einander wohl bestehen. — Reichsritterschaftliche Mitglieder sind nicht verbunden, bloß Personen aus der Reichs-Ritterschaft zu Testaments-Executoren zu ernennen.

IX. Ueber ein im Zorn errichtetes Testament. S. 187-202.

I. Häufige Unzufriedenheit mit Testamenten und daher entspringende Versuche sie anzufechten, §. 1. II. Gesetze in Beziehung auf das Testament eines Zornigen, §. 2. III. Allgemeine Rechtsregel von Aeußerungen oder Handlungen im Zorne, §. 3. IV. Erforderniß eines im Zorn errichteten Testaments, §. 4. V. Feindschaft, Haß ꝛc. ist nicht hinreichend, §. 5. VI. Wie der Zorn beschaffen seyn muß, §. 6. VII. Prüfung eines Einwurfs, §. 7. VIII. Beweis, daß ein Testament im Zorn errichtet sey, §. 8. IX. Gegenbeweis der nachherigen Genehmigung, §. 9. X. Dessen Zulässigkeit steht die regula Catoniana nicht entgegen, §. 10. XI. Auch nicht die Meynung, daß die l. 48. D. de R. I. bloß auf Ehescheidungen gehe, §. 11. XII. Worauf der Gegenbeweis gerichtet seyn muß, §. 12. 13. 14.

X. In wie fern kann eine objective Novation ohne ausdrückliche Erklärung angenommen werden? S. 203-217.

XI. Ueber die Zulässigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. S. 218-222.

XII.

Inhalt.

XII. Ein unter Geschwistern verordnetes Fideicommiß erstreckt sich nicht auf deren Kinder. S. 223-227.

XIII. Von der Bestrafung der Injurien, welche Kinder gegen ihre Eltern begehen, nach churbraunschweigischem Rechte. S. 228-230.

XIV. Von dem Rechte, die Schutzjuden mit Reichs-Kriegssteuern zu belegen. S. 231-238.

I. Die Schutzjuden müssen so wohl zu den Römermonathen, als zu den Contingents-Kosten beytragen. II. Die Bezahlung des Schutzgeldes befreyet davon nicht. III. Die Schutzjuden dürfen jedoch nicht willkührlich besteuert werden. IV. Sie müssen vielmehr völlig gleich mit den übrigen steuerbaren Unterthanen behandelt werden. V. Sie können aber eine jedesmalige vorläufige Einsicht der Steuerrepartition nicht verlangen. VI. Der Obrigkeit ihres Wohnorts steht in der Regel kein Subcollectations-Recht über sie zu.

XV. Ueber das Recht, einen Wildzaun zu errichten. S. 239-259.

XVI. Ueber den Schadensersatz aus der Lege Aquilia. S. 260-262.

XVII. Eine vor zwey Notarien bestellte Hypothek ist keine hypotheca quasi publica. S. 263-276.

XVIII. Aus den Reichs-Münzgesetzen kann der Cours einer Münzsorte nicht bewiesen werden. S. 277-279.

XIX.

Inhalt.

XIX. In wie fern ist ein Zunftgenosse zu den bey seiner Zunft hergebrachten persönlichen Diensten verpflichtet? S. 180-283.

XX. Muß das Recht des Vasallen am Lehen dominium vtile, oder usufructus heißen? S. 284-287.

XXI. Ueber den Unterschied zwischen Landesverweisung, Landesräumung und Landesverbot. S. 288-290.

XXII. Von der billigen Rücksicht, welche peinliche Gerichte auf das Interesse der Beschädigten zu nehmen haben. S. 291-295.

XXIII. Ueber die reichscammergerichtlichen Ordinationen, wodurch Jemanden etwas zu thun oder zu lassen verstattet wird. S. 296-300.

XXIV. Beytrag zu der Lehre von dem Widerspruch zwischen ältern und neuern Lehenbriefen. S. 301-318.

I. Verschiedenheit der Meynungen. II. Der Lehensvertrag und der darnach eingerichtete erste Lehenbrief bleibt immer die Hauptgrundlage. III. Zwey wider einander streitende Vermuthnngen. IV. Was ist zu vermuthen, wenn der Lehenbrief Aenderungen zum Nachtheil des Vasallen enthält? V. Was — wenn die Aenderungen dem Lehensherrn nachtheilig sind? VI. Frühere Verträge und andere Umstände müssen jederzeit mit in Betrachtung gezogen werden.

XXV. Ueber die Regalität des Salpeters in den Braunschweigischen Landen. S. 318-329.

Inhalt.

XXVI. Bey der Absonderung des Lehens vom Erbe können Wasserbäue den eigentlichen Gebäuden in der Regel nicht gleich geachtet werden. S. 328-329.

XXVII. Der Lehensfolger, welcher die Früchte des Sterbejahrs bezieht, muß den Allodial-Erben die Culturkosten erstatten. S. 330-331.

XXVIII. Ueber die Entbindung vom Eide, um klagen zu können. S. 332-334.

XXIX. Ueber verschiedene Anzeigen, womit der Beweis des doli geführt werden kann. S. 335-336.

XXX. Ueber die Zulässigkeit der Notariats-Zeugenverhöre zur Bescheinigung des jüngsten Besitzstandes. S. 337-353.

I. Von der Statthaftigkeit des summarischen possessorischen Processes — Beziehungsweise. II. Nothwendigkeit der Bescheinigung zur Erlangung des richterlichen Schutzes. III. Natur der Bescheinigung und Unterschied zwischen derjenigen, die zur Begründung eines Gesuches, und derjenigen, welche im Laufe des Processes geführt wird. IV. Bescheinigung, wie sie in summarischen possessorischen Processe erforderlich ist. V. Zulässigkeit der Notariats-Zeugenverhöre, sowohl überhaupt, als auch VI. nach der reichsgerichtlichen Praxis. VII. VIII. Erörterung einiger Zweifel. IX. Wer Schutz beym jüngsten Besitze sucht und die Bescheinigung durch Zeugen beybringen will, hat die Wahl zwischen der auf-

fergc-

Inhalt.

sergerichtlichen und gerichtlichen Abhör derselben. X. Ohne Unterschied, ob Gefahr auf dem Verzuge haftet oder nicht. XI. Zweckmäßigkeit dieser in dem gemeinen Processe geltenden Grundsätze.

XXXI. Von der Confrontation zwischen Eltern und Kindern. S. 354-361.

XXXII. Ueber die Concurrenz gleich competenter Gerichte bey Vormundschaftsbestellungen. S. 362-364.

XXXIII. Ueber die reichsgerichtlichen mandata de administranda iustitia und deren Grenzen. S. 365-368.

I. Ueber

I.

Ueber die Steuerfreyheit der Cammergüter, insonderheit nach deren Veräußerung, und in Beziehung auf Reichs-Kriegssteuern.

I. Veranlassung dieser Untersuchung. II. Verwirrung der Begriffe von Staatsgütern und Privatgütern der Regenten (§. 1.). III. Nähere Bestimmung derselben (§ 2.). IV. Verschiedene Arten dieser Güter (§. 3.). V. Cammergüter (§. 4.). VI. Verhältniß dieser Güter gegen einander (§ 5.). VII. Steuerfreyheit der Cammergüter (§. 6.). VIII. Teutsche landesherrliche Cammergüter (§. 7.). IX. Deren Natur (§. 8.). X. Deren Steuerfreyheit (§. 9). XI. Ausnahmen davon (§. 10). XII Folgerungen in Beziehung auf teutsche Cammergüter überhaupt (§ 11.) XIII. Fortdauer der Steuerfreyheit veräußerter Cammergüter (§ 12.). XIV. Ausnahme, vermöge der Landesverfassung (§ 13.). XV. Gleichheit eigentlicher Domainen und bloßer Hausgüter, in Rücksicht auf Steuerfreyheit (§. 14.). XVI. Selbst wenn sie nicht mehr Cammergüter sind (§. 15.). XVII. Steuerfreyheit veräußerter Cammergüter, auch in Reichskriegen (§. 16.). XVIII. Vertragsmäßige Gewährung derselben (§. 17.). XIX. Ohne Rücksicht auf angebliche außerordentliche Staatsbedürfnisse (§. 18.) XX. XXI oder auf vorgebliche Unmöglichkeit an einen ganz außerordentlichen Fall zu denken (§. 19. 20.). XXII. Oder auf angebliche Unstatthaftigkeit einer solchen Befreyung (§. 21.). XXIII. Höchstens, Gleichstellung veräußerter Cammergüter mit den nicht veräußerten (§. 22.).

Der noch fortdauernde Reichskrieg hat häufig Gelegenheit zu der Frage gegeben, ob und in wie fern den landesherrlichen Cammergütern, auch in Ansehung der Kriegssteuern, ihre übrigens unbestrittene Steuerfreyheit zu Statten komme?

Ich habe verschiedentlich Veranlassung gehabt, diese Frage, in Beziehung auf specielle Verhältnisse, genauer zu erörtern, und mir däucht, daß die darüber beynahe allgemein angenommene Meynung den uneingeschränkten Beyfall nicht ganz verdiene, den sie bisher erhalten hat.

Noch zweifelhafter dürfte indessen der Fall seyn, wenn ein Cammergut mit der darauf haftenden Steuerfreyheit veräußert worden ist, und dann die Frage entsteht, ob dieß auch auf Reichs-Kriegssteuern sich beziehe. Ein solcher Fall hat nachstehende Erörterung veranlaßt.

Ein Reichsstand verkaufte, mit agnatischem Consense, im Jahr 1675 ein altes Domainengut an einen seiner adelichen Vasallen. In dem Kaufbriefe wurde, in Ansehung der Rechte und Freyheiten des Gutes, festgesetzt, daß es dem Käufer überlassen werde,

„frey, und ohne einige Ritterdienste, auch Steuer,
„Contribution, und alle andere Beschwerung,
„so bereits erdacht, oder künftig erfunden werden
„möchte: allermaaßen der Verkäufer solches von
„dem Grafen L. G. bey jüngstem Erbvergleich
„überkommen, und der Käufer bisher in Pacht
„gehabt, mit allen seinen Pertinenzien . . . .
„auch allen Freyheiten, Privilegien, Rechten
„und Gerechtigkeiten, wie dieselben Namen ha-
„ben möchten, und von ihm (dem Verkäufer)
„bisher ruhig besessen seyen."

Zugleich versprach der Verkäufer, für sich und seine Erben, den Käufer und dessen Nachkommen vor allem

allem Anspruch und vor aller Gefahr noth- und schadlos zu halten.

So blieben auch der Käufer und seine Nachkommen im ruhigen Besitze der vertragsmäßigen Freyheiten; bis im Jahr 1798 dem jetzigen Inhaber des gedachten Gutes zwey und ein halb Prozent von dem, nach einem ungefähren Ueberschlage geschätzten, vollen Werthe desselben, als eine Kriegssteuer, wegen des seit 1793 geführten Reichskrieges gegen Frankreich, abgefordert wurde.

Die dagegen gemachten Vorstellungen wurden von dem Landesherrn, theils überhaupt für unerheblich, theils für unanwendbar auf den gegenwärtigen Fall, angesehen. Insonderheit wollte man, zwischen reichsständischen Hausgütern und eigentlichen Cammer- und Domainengütern, einen Unterschied machen, das hier in Frage stehende Gut zu der ersten Classe rechnen, und behaupten, daß demselben eine so allgemeine Steuerfreyheit nicht zustehe, wie den eigentlichen Domainengütern. Hiedurch wurde die, sogleich folgende, erste Untersuchung veranlaßt. Die übrigen Gründe des Landesherrn erhellen aus der weitern Erörterung von selbst.

Alles, was sich auf Local-Verhältnisse bezieht, habe ich hier übergangen.

Erster Abschnitt.

Von der, den reichsständischen Cammergütern zustehenden Steuerfreyheit überhaupt.

§. 1.

Das in Frage stehende Gut wird bald ein Domainengut, bald eine Hausdomaine, bald ein, der landesherrlichen Familie zustehendes Allodialstück, genannt, und es werden darauf Verschiedenheiten, in Ansehung der rechtlichen Eigenschaft, und insbesondere der Steuerfreyheit dieses Gutes, begründet, die einen so großen Einfluß auf die gegenwärtige Untersuchung haben, daß eine genauere Bestimmung der Begriffe wesentlich nothwendig ist.

Die Sache hat ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten: da zwar Jederman, bey Erörterungen dieser Art, von dem Unterschiede zwischen den Staatsgütern und den Privatgütern des Staatsoberhauptes ausgeht, Viele aber, eines Theils mit den Ausdrücken, wodurch diese oder jene, und ihre besonderen Unterarten bezeichnet werden, höchst verschiedene Begriffe verbinden,*) andern Theils auf die Ei-

gen-

*) Scheidemantel, Repertorium des teutschen Staats- und Lehnrechtes Theil I. S. 711.

genthümlichkeiten der teutschen Verfassung, und deren Einfluß auf jenen Unterschied, nicht immer sorgfältig genug Rücksicht nehmen.

Zum Glück kommt es hier hauptsächlich nur auf die Vorfrage an: war das befragte Gut, vor seiner Veräußerung, Staatsgut, oder hatte es wenigstens, auch als Privatgut des Regenten, in Rücksicht auf Steuerpflicht, die Rechte eines Staatsgutes? so daß wir uns, ohne in besondere Streitfragen einzugehen, und ohne Mißdeutung bey den nachfolgenden Erörterungen befürchten zu müssen, mit einem allgemeinen Umrisse begnügen können.

§. 2.

Staatsgüter und Privatgüter des Regenten.

Der Staat, als moralische Person, ist fähig, Eigenthum zu besitzen, dessen Verwaltung allein dem jedesmaligen Regenten zukommt. Alles, was nun zu dem Staatseigenthume unmittelbar gehört, heißt Staatsgut im Allgemeinen.

Alle nutzbare Gegenstände, die entweder gleich bey der Errichtung eines Staates, von dem Privateigenthume ausgeschieden, oder in der Folgezeit dem Staatseigenthume einverleibt, und zur Beförderung des Staatszweckes, zur Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse, unmittelbar bestimmt worden sind, sie seyen liegende Gründe, oder nützliche Rechte, müssen als Staatsgüter im engern Sinne betrachtet werden.

Der Regent des Staats kann aber, neben dem Staatsgute, das er nur verwaltet, ein Privateigenthum besitzen, worüber ihm, in Beziehung auf den Staat, völlig freye Verfügung zusteht, welches aber gewöhnlicher Weise zur Erleichterung des Staatsaufwandes, mehr oder weniger, dient.

Gemeiniglich wird es, zum Unterhalte des Regenten und seiner Angehörigen, zunächst verwendet.

Der Staat ist aber für sich selbst verbunden, den Regenten in den Stand zu setzen, auf eine, seiner Würde angemessene Weise leben, seine Familie versorgen, seine Diener besolden und belohnen zu können. Kein Fürst ist in der Regel verbunden, sein eigenthümliches Vermögen zu diesen Zwecken aufzuwenden; und wenn er es, wie in den mehrsten Staaten geschieht, dennoch thut; so ist dieß ein zufälliger Vortheil für die Staatscasse, deren Ausgaben dadurch beträchtlich vermindert werden.

Dieser Vortheil wird nicht selten der Staatscasse dadurch gesichert, daß ausdrückliche, oder stillschweigende Einwilligung (Vertrag, oder Herkommen) den Fürsten verpflichtet, den größten Theil seines Privatvermögens, zur Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse, freylich zuerst für seine Haus- und Hofhaltung, mit zu verwenden, ohne daß deswegen das Privatgut des Fürsten in Staatsgut verwandelt wird.

§. 3.

Verschiedene Arten der Staatsgüter und der Privatgüter des Regenten.

Grundstücke, welche zu dem Staatseigenthume unmittelbar gehören, (§. 2.) und von dem Staate selbst verwaltet, oder bloß durch Verpachtung benutzt werden, heißen Domainen im eigentlichen Sinne. Denn so wurden in Frankreich, woher der Name nach Teutschland gekommen ist, die Landgüter und Herrschaften des Königs vorzugsweise genannt. Les terres et seigneuries des Rois de France, sagt le Bret, a) ont merité sur tous les autres biens, qu'ils possedent, d'être nommées par excellence les domaines de la couronne.

Aus diesen Domainen nun entstehen, durch besondere Verleihung, die Staats-Lehengüter, und die Staats- oder Cammer-Bauergüter. Verschieden sind davon die sogenannten Finanzregalien; ob sie gleich eben so, wie die Domainen, Theile des Staatseigenthums sind.

Der Inbegriff aller, dem Staate zugehörigen Güter und Gerechtsame heißt der Fiscus im allgemeinen Sinne: daher erhalten die Staatsgüter bisweilen auch den Namen, Fiscalgüter. In einem andern Sinne, versteht man aber unter dem Fiscus ein Institut im Staate, welches den Zweck hat, dem Regenten seine Rechte zu vindiciren: weswegen

a) De la souveraineté du Roi de France, liv. 3. c. 1. p. 322.

wegen man auch Fiscalgut, im engern Sinne, alles dasjenige nennt, was dem Regenten, als lediges, oder verwirktes Gut, anheimgefallen ist.

Alle diese Güter, zusammen genommen, werden häufig Domainen im weitern Sinne genannt; nach dem Beyspiele der nach und nach in Frankreich aufgekommenen Gewohnheit, zu den Domainen nicht bloß die Einkünfte der Krongüter, sondern auch die Zölle, die Posten, die Münze, die Jagden, die Fischereyen, den Ertrag des droit d'Aubaine, die heimgefallenen und verwirkten Güter, u. s. w. zu rechnen. b)

Die Privatgüter des Regenten sind entweder Familiengüter (Stammgüter, Fideicommißgüter der regierenden Familie), die eine unveräußerliche und untheilbare Masse ausmachen, und gewöhnlicher Weise zur Bestreitung eines Theils der öffentlichen Bedürfnisse verwendet werden; oder aber freyeigene Güter, die der Regent bloß für sich und seine Person besitzt, und worüber er nach Willkühr verfügen kann; sie mögen nun in baarem Gelde, oder in Capitalien, oder in Grundstücken, bestehen. Die letzteren werden gewöhnlich Chatoulgüter genannt.

§. 4.

Verwaltung derselben. Cammergüter.

Diejenigen Güter und Einkünfte, welche zur Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse bestimmt sind,

b) Boulainvilliers, Etat de la France. T. 1. p. 48.

sind, müssen nothwendig auf eine andere Weise verwaltet werden, als die, welche dem Regenten zur freyen Verfügung offen stehen. Letztere sind unmittelbar unter seiner Hand, und gehören in seine Cabinetscasse. Jene haben ihre feste Bestimmung, und werden nach den bestehenden Etats verwendet.

In allen Staaten sind daher besondere öffentliche Aemter angeordnet, welche die Staatsgüter sowohl, als die dem öffentlichen Dienste gewidmeten Familiengüter des Regenten, nach einem festgesetzten Plane, und ohne willkührliche Einmischung des letztern, verwalten. In Staaten von einigem Umfange bestehen sie aus mehreren öffentlichen Beamten, die zusammen ein Collegium ausmachen, welches den Namen, Cammer, erhält.

Von dieser hat man denn die, in ihrer Verwaltung befindlichen Güter, Cammergüter genannt, die daher mit den Domainen, oder Fiscalgütern, nicht völlig gleichbedeutend sind, sondern vielmehr diese sowohl, als die zur Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse mit bestimmten Privatgüter des Regenten, unter sich begreifen. So bemerkt Seckendorf, in seinem teutschen Fürstenstaate c) sehr richtig: „bey denen erblichen Königreichen, Fürstenthümern und Herrschaften, die schon in der Welt vor langen Zeiten aufkommen, sind auch allenthalben, theils bey ihrem ersten Ursprunge, theils durch nachmalige Vermehrung, gewisse Güter, Einkünfte und Vorzüge zu finden, deren sich die Landesherren, zu ihrer Unterhaltung

c) Theil 3. Cap. 1. §. 1.

haltung und Verführung des Regiments, gebrauchen, welche insgemein Cammer-, oder auch Tafelgüter und Herrschaftseinkünfte, genannt werden: darum, daß solche in des Landesherrn eigenen Gewahrsam, und besonders dazu verordnete Oerter, die man Cammer nennet, oder zu seiner Tafel und Unterhaltung, mehrentheils eingebracht werden."

Die Chatoulgüter werden gewöhnlich besonders verwaltet. Doch können in kleinen Staaten auch sie der Administration der landesherrlichen Cammer anvertrauet seyn; ohne daß sie deswegen mit den eigentlichen Cammergütern vermischt, oder verwechselt werden dürfen; wie denn auch die Chatouleinkünfte, zu unmittelbarer Verfügung des Regenten, in dessen Cabinetscasse geliefert werden.

§. 5.

Verhältniß dieser Güter gegen einander.

Die Domainen sind, ihrem wahren Begriffe nach, Staatsgüter — Theile des Staatseigenthums — bona reipublicae propria — substantia publica, coronae opes — bona, reditus, ac iura, principatui incorporata, vt mensa ducalis instruatur, ac regimen cum dignitate geratur — patrimonium populi, cujus fructus destinati sunt, ad sustentanda reipublicae, aut regiae dignitatis onera d).

In

d) Choppin, de domanio Franciae, lib. 1. tit. 1. Ringler, de domaniis Germ. lib. 1. §. 6. H. Grotius, d. J. B. ac. P. c. 6. §. 11.

In der römischen Monarchie galt eigentliches Staatsgut, und Patrimonialgut des Kaisers, als gleichbedeutend — wie aus den verschiedenen Benennungen desselben in den römischen Gesezzen erhellet: bona reipublicae, res divinae augustaeque domus, sacra Caesaris privata, sacrum patrimonium et dominium, largitiones sacrae, res sacri aerarii, thesauri majestatis imperatoriae, aerarium principis sacratissimum, etc. e).

In der französischen Monarchie wurden diese Grundsätze nach und nach angenommen, immer mehr und mehr erweitert, und endlich so sehr ausgedehnt, daß dem Könige beynahe kein Privateigenthum mehr übrig blieb, und daß selbst neuere Erwerbungen desselben, unter gewissen Bedingungen, der Krone zufielen f).

Allein, nach richtigen Grundsätzen, dienen die Privatgüter des Regenten nur zufälliger Weise zur Erleichterung der Staatslasten, indem sie den Staatsaufwand für die Person und die Familie des Regenten vermindern; sie werden aber deswegen dennoch kein Staatseigenthum (§. 2.).

Dieß

e) L. 2. C. de quadriennii praescriptione. L. 3. ne rei domin. L. f. D. de mun. et hon. L. 2. C. de palat. sacr. larg. L. 1. C. de quaestor. L. 2. C. vt dign. ordo serv.

f) J. Bacquet, des droits du domaine de la couronne de France, à Paris, 1621.

Dieß kann jedoch durch ausdrückliche Erklärung des Regenten geschehen: wenn er seine Privatgüter, oder einen Theil derselben, mit Einwilligung der dabey interessirten Familienglieder, den Staatsgütern einverleibt, wodurch jedoch in der Regel nur eine Veränderung in Ansehung des Eigenthums und des Verfügungsrechtes, nicht aber des Besitzes, der Benutzungsart, und der davon abhängenden Rechte, entsteht.

Ohne ausdrückliche Erklärung, oder eine, derselben gleichkommende, rechtsbeständige Observanz, kann aber kein Privatgut des Regenten in Staatsgut verwandelt werden. Dieses geschieht auch nicht durch die gemeinschaftliche Verwaltung der Cammer, und die allgemeine Benennung, Cammergüter, hebt den, zwischen beiden bestehenden, wesentlichen Unterschied überall nicht auf. Vielmehr ist dieser, besonders in Rücksicht auf das Verfügungsrecht über dergleichen Güter, von dem größten Gewichte g).

§. 6.

Steuern und Steuerfreyheit der Cammergüter.

Sind die dem öffentlichen Dienste gewidmeten Güter zur Bestreitung der Staatsbedürfnisse nicht hinreichend; so müssen die Staatsbürger den Abgang durch

g) Leyser, de assentat. ICtor. in doctrina de domaniis. Cap. 4. Sect. 2. §. 3. Fischer, Cameral- und Policeyrecht, Theil 1. §. 724.

durch ihre Beyträge ersetzen; sie müssen zur Befriedigung des öffentlichen Bedürfnisses beysteuern.

Diese Steuerpflicht ist in der Regel allgemein; sie trifft alle Glieder der Staatsgesellschaft und ihre Güter. Aber sie trifft, der Natur der Sache nach, die Cammergüter nicht, da, gerade wegen der Unzulänglichkeit dieser Güter, die Besteuerung nothwendig ist.

Freylich entsteht dadurch, daß die Staatsbürger von dem Ihrigen zu den öffentlichen Bedürfnissen beytragen müssen, allemal zwischen dem Regenten und ihnen das beschwerliche Verhältniß, daß die Nothwendigkeit der Steuern und ihr Maaß immer den Zweifeln und Widersprüchen der letzteren unterworfen ist; daß sie immer auf billigmäßige Moderation denken werden, und auf diesem Wege sehr leicht auf die Idee kommen könnten, die öffentliche und die Privatperson des Fürsten zu sondern, und von dieser eine verhältnißmäßige Theilnahme an der gemeinschaftlichen Last zu erwarten, ja sogar von dem Fürsten, als Eigenthümer, als Gutsbesitzer, ohne Rücksicht auf Staats-, oder Privatgut, die Beyziehung der Cammergüter zur Uebernahme der gemeinschaftlichen Last zu verlangen.

Aber, wenn ihnen denn auch ihr Wille geschieht; was ist es größtentheils anders, als eitle Spielerey, die das Geld aus einem Beutel in den andern steckt? Wie einst im siebenjährigen Kriege ein teutscher Fürst von seinen Cammergütern nach und nach mehrere

Tonnen Goldes in die Landschaftscasse gab, hingegen aus dieser zu gleicher Zeit das Doppelte, als Cammerbeytrag, erhob. Die Cammer war würklich erschöpft; aber das Volk mußte zufrieden gestellt werden — und es war zufrieden.

Die Steuerfreyheit der Cammergüter, wenn diese, ihrer Bestimmung gemäß, verwendet werden, ist also in der Natur der Sache gegründet, und bedarf keines besondern Rechtstitels; ob es gleich auch daran in den mehrsten Staaten nicht fehlt.

§. 7.

Besondere Grundsätze: Teutsche Landesherrliche Cammergüter.

a) Ihr Ursprung.

In den teutschen Territorien giebt es in der Regel keine Staatsgüter (§. 2.), keine Domainen im eigentlichen Sinne (§. 3.), d. h. keine Grundstücke, ja nicht einmal nützliche Regalien, die als Eigenthum des Landes, wovon nur Besitz, Genuß und Verwaltung dem Regenten zustände, betrachtet werden könnten.

Ehe, durch die Ausbildung der Landeshoheit, die teutschen Territorien Staaten wurden, war in dem teutschen Reiche kein anderes Staatsgut auch nur denkbar, als Reichsgut, Reichsdomaine. Bey der allmähligen Entstehung der teutschen Staaten, konnte eine Begründung der Staatsverbindung, wie man sie sich gewöhnlich denkt, eine Anweisung von

Staats-

Staatseigenthum, zur Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse, eine Stiftung von Landes-Domainen, gar nicht Statt finden. Die Regierungsrechte der Landesherren waren nicht Resultate eines unmittelbaren Unterwerfungsvertrages, sondern einer Ueberlassung durch die höchste Gewalt im Reiche, die ihre Reichsunterthanen nun zunächst der landesherrlichen Gewalt übergab. Die Regierungskosten waren nicht Folge einer einer neu errichteten Staatsgesellschaft; sie waren längst vorhanden, längst aus bestimmten Fonds bestritten, und die Fonds blieben größtentheils dem Landesherrn, nicht dem nun zum besondern Staate gewordenen Theile des Reichsgebietes.

Dieser Staat erhielt also, bey seiner Einrichtung, kein Staatsgut, keinen Antheil von dem längst vergeudeten Reichsgute; seine Genossen gaben auch nichts von ihrem Privat-Eigenthume her, um einen ueuen Fonds von Staatsgut zu errichten. Woher sollten also die teutschen Territorien eigentliches Staatsgut besitzen?

Ihre Regenten (für den gegenwärtigen Zweck ist es genug, nur die weltlichen hauptsächlich zu berühren) waren vorher entweder Reichsbeamte — Herzoge und Grafen — oder große, freye Landeigenthümer — Dynasten. Die ersteren hatten, zur Bestreitung der mit ihrer Amtsverwaltung verbundenen Kosten, und zu ihrer eigenen Besoldung, beträchtliche kaiserliche Lehen, die sie mit dem Amte, das sie bekleideten, für sich und ihre Familie, nicht

für

für den Bezirk, dem sie vorgesetzt waren, erblich machten h).

Ueberdieß erwarben sie in den ihnen anvertrauten Provinzen ausgedehnte eigenthümliche Besitzungen, nebst Lehen von anderen, besonders geistlichen Ständen. Darüber wurden sie, schon im 13ten Jahrhundert, nicht mehr mit der Herzoglichen, oder Gräflichen Würde, sondern mit den Regalien, beliehen i).

So schritten sie immer weiter fort, bis sie aus Reichsbeamten Landesherren wurden. Aber auch jetzt noch bestritten sie die Kosten der Regierung mit den Einkünften ihrer Lehen- und Allodialgüter, die, nach uraltem teutschen Herkommen, größtentheils Stamm- oder Familiengüter, waren k).

Die unmittelbaren freyen Eigenthümer erlangten, besonders nach der Zertrümmerung der großen Herzogthümer, die Befreyung von der Herzoglichen und Gräflichen Gewalt, und übten über ihre Hintersassen und Vasallen nicht mehr bloß Erbgerichtbarkeit, sondern selbst den größten Theil der ehemaligen Herzoglichen und Gräflichen Rechte, aus ꝛc. l).

Aber

h) Struben, obs. ad jus et hist. Germ. obs. 4. §. 18. Derselbe, rechtl. Bedenk. Thl. 2. Bed. 1. §. 4.

i) Spener, ius publ. Thl 2. S. 162. Note a.

k) Struben, rechtl. Bedenk. a. a. O. §. 3.

l) Schmidt, Geschichte der Teutschen, Thl. 2. S. 207.

Aber auch sie trugen, nachdem sie sich in die Reihe der Landesherren empor geschwungen hatten, die Kosten der Regierung aus eigenen Mitteln.

So wie sich die Grundsätze der Landeshoheit nur langsam völlig ausbildeten; so wie die Regierungsgerschäfte nur nach und nach sich vervielfältigten, und die Regierungsgehülfen der Landesherrn, die öffentlichen Beamten, sich vermehrten; so schritt auch die anfänglich höchst einfache Verwaltung der Landesherrlichen Güter und Einkünfte nur allmählig zu einer zusammengesetztern Finanzadministration fort, die endlich eigenen Cammer-Collegien übertragen wurde. Diese verwalteten in der Regel das ganze Vermögen der Landesherrn, allein die Chatoulleinkünfte ausgenomen, und so erhielten alle Güter, deren Einkünfte in die Fürstliche Rentkammer fliessen, den Namen der Cammergüter m).

§. 8.

b) Ihre Natur.

Diese Cammergüter nun wurden bald mit den Römischen Staatsgütern, bald mit den Französischen Domainen (§. 3.) verglichen und ihnen gleichgestellt; obgleich ihr unbestrittener Ursprung die Unrichtigkeit dieser Gleichstellung von selbst zeigt. Die teutschen Cammergüter sind daher in der Regel niemals als Eigenthum des Landes, sondern lediglich als Eigenthum der regierenden Familie, zu betrachten, die man, wegen ihrer Bestimmung zur Bestreitung

m) Struben, a. a. O. §. 1.

tung öffentlicher Bedürfnisse, allenfalls Domainen nennen mag, aber daraus niemals einen Schluß zum Nachtheil des Eigenthumsrechts des Landesherrn und seiner Familie, und zum Vortheil des Landes, ziehen darf *) n).

Daß diese Güter zur Bestreitung der Staatsausgaben gebraucht werden, beweiset nichts gegen das Eigenthumsrecht der regierenden Familie: da sie zum größten Theile, ursprünglich diese Bestimmung hatten, und deren Beybehaltung nicht nur an sich der Billigkeit gemäß, sondern auch zur Befestigung der Landeshoheit wesentlich nothwendig war o).

Es kann zwar seyn, daß ein Land an der Ausübung der Eigenthumsrechte über die Cammergüter vertragsmäßigen Antheil nimmt, indem ohne seine Einwilligung keine Veräußerung derselben vorgenommen

*) Diese Meynung scheint mir so sehr in der Geschichte gegründet zu seyn, daß ich dasjenige, was einige Neuere, besonders Posse, dagegen aus allgemeinen Grundsätzen behaupten, unmöglich für richtig, und mit der Teutschen Verfassung übereinstimmend annehmen kann.

n) Moser, von der Reichsstände Landen, S. 209. f. Pütter, Inst. iur. publ, §. 191. 193. Majer, Teutsches weltliches Staatsrecht, Thl. 3. §. 35. S. 90. f. Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, §. 143. S. 98.

o) Pütter, Beyträge, Theil 1. S. 125.

men werden darf, weil dadurch der Fond zur Bestreitung der Landesausgaben vermindert, und das Bedürfniß der Steuern vermehrt wird — und in mehreren Teutschen Ländern ist diese Concurrenz der Landstände allerdings hergebracht p).

Auch findet man Beyspiele, daß neu erworbene Güter, in Rücksicht auf ihren Steuerbeytrag, oder um sie als Stammgut desto sicherer bey der Familie zu erhalten, dem Lande, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, einverleibt werden. So heißt es z. E. in dem Fürstl. Schwarzburgischen Familienvertrage von 1713 §. 4. „wir wollen uns angelegen seyn lassen, daß wir unsere Lande vermehren, und was denenselben zufället, den Fürstlichen Linien zum Besten, dabey conserviren und erhalten mögen q)."

Eben so ist, noch in neueren Zeiten, von den sämmtlichen Fürsten von Nassau festgesetzt worden, daß alle, innerhalb der Grenzen der Nassauischen erbvereinten Länder gelegene, oder unmittelbar daran grenzende, neuerworbene, oder künftighin zu erwerbende Güter u. s. w. von dem ersten Augenblicke der Erwerbung an, als wahre Bestandtheile und Zube-

p) Moser von der Teutschen Reichsstände Landen, S. 295. f.

q) Heydenreich, Historie des Hauses Schwarzburg S. 235.

hörungen der Nassauischen Länder geachtet, und nimmermehr davon getrennt werden sollen r).

In allen diesen Fällen ist jedoch keine Verwandlung des reichsständigen Privatgutes in Landesstaatsgut vorgegangen, sondern nur die Ausübung des Eigenthumsrechts beschränkt worden (§. 5.). Und wenn, selbst auf Unkosten des Landes, für dasselbe Güter erworben und dem Landesherrn zum Besitz und Genuß überlassen würden; so könnten sie zwar als Landes-Domänen betrachtet, und die übrigen Cammer-Güter davon, durch die Benennung von Haus-Domainen, wohl unterschieden werden; in so fern aber der Landesherr diese Landes-Domainen, vermöge der Landeshoheit besäße, in so fern würde, da diese nicht dem Lande, sondern der regierenden Familie zugehört, ein eigentliches Nationaleigenthum des Landes selbst in diesem Falle sehr problematisch seyn s).

§. 9.

c) Ihre Steuerfreyheit.

Die Cammergüter der Reichsstände hatten die Hauptbestimmung, daß daraus nicht nur der Unterhalt des Landesherrn, seiner Familie und seines Hofstaates, und die Kosten der Landesregierung (§. 7.), son-

r) Erbverein des Fürstl. Gesammthauses Nassau, vom J. 1783. in Reuß. Staats-Canzley, Theil 16. §. 86.

s) Majer, a. a. O. S. 92. 142. f.

sondern auch die Beyträge zu den allgemeinen Reichslasten t), bestritten wurden. Bald aber wurde, theils durch die immer kostbarer werdende Regierungsverwaltung, theils durch den steigenden Luxus an Höfen theils durch die neuere Kriegsart, die Cammercasse erschöpft und mit Schulden beladen: so daß die Landesherren sich genöthigt sahen, ihre Unterthanen um Beyhülfe, sowohl zur Tilgung der Schulden, als zu den neuen außerordentlichen Ausgaben, anzusprechen u); ohne sie jedoch anders, als mit freyer Bewilligung derselben, fordern zu können.

Dabey blieben aber die Cammergüter der Hauptfonds zur Bestreitung der Landes- und Reichs-Staats-Bedürfnisse. Nur gab die immer häufigere Wiederkehr, und die immer steigende Größe der letzteren zuerst Veranlassung zu einer nothwendigen, nicht mehr von freyer Bewilligung abhängenden Besteuerung der Unterthanen, und zu einer, aus der Unzulänglichkeit der Cammercasse von selbst fließenden Befreyung der Cammergüter (§. 6.).

Als, im Laufe des 16ten Jahrhunderts, dem Kaiser von den Reichsständen häufige Beyträge zu den Türkenkriegen bewilliget werden mußten, erklärten sie, daß ihre Cammergüter dazu nicht hinreichten. Daher wurde die Beyziehung der Unterthanen beschlossen.

t) Pütter, Rechtsfälle, B. 1. Thl. 1. S. 560.

u) Strube, de iure villicor. cap. 6. §. 3. seq. Desselben Nebenstunden Thl. 2. S. 397 f. Pütter, a. a. O.

schlossen. Dieß geschah auch im Jahr 1543 bey der Bewilligung einer neuen ansehnlichen Türkenhülfe, mit der ausdrücklichen Bemerkung:

„a, dieweil solche Hülfe, von der Stände eigen Cammergütern, in Ansehung etlicher viel Ursachen, zu leisten, beschwerlich und unmöglich seyn möchte, geordnet, und zugelassen sey, daß eine jede Obrigkeit alle ihre Unterthanen .... anlegen und beyziehen möge v),

jedoch auch mit dem Zusatze:

daß die Obrigkeiten zu diesem christlichen Werk sich gleichermaßen, wie die Unterthanen, selbst angreifen und Mitleiden tragen sollen w).

Aber bald darauf stellten die Reichsstände insgesammt vor, daß sie diese Beyträge, ohne Nachtheil ihrer Regierungsverwaltung nicht leisten könnten, und erklärten sich darüber ausführlich so:

„daß nun die Obrigkeit erhalten, und ihrem Amt genug thun mag, muß die Obrigkeit, als Churfürsten und Fürsten, Leute und Einkommen haben, das zu erhalten, was ein Amt mit sich bringet, wenn ihnen nun solche Dienstbarkeiten und Steuern sollten auferlegt werden, daß er sein fürstliches Einkommen versteuern soll und in andere Wege wenden, dann sein Stand damit zu erhalten, Friede und Recht damit zu handhaben, seine

v) R. A. v. 1543. §. 24.
w) R. A. v. 1543. §. 24.

seine Räthe, Diener und Hofgesinde, die er zur Justitien, auch zur Handhabung Friedens und Rechtens, auch zu Erhaltung Gehorsams seiner Unterthanen zu besolden; so will nicht anders erfolgen, so er solches zu der Türkensteuer, oder in andere Wege, von sich geben solle, und besondern von Jahren zu Jahren, denn daß die Fürstliche hohe Obrigkeit soll aufgehoben und dem gemeinen Mann, und besondern den reichen Kaufleuten, gleichgemacht und werden müssen". u. s. w. x).

Hierauf wurde auch bey den folgenden Reichsbewilligungen, die angeführte, auf die Mitleidenheit der Reichsständischen Cammergüter sich beziehende Clausel hinweggelassen, und vielmehr den Landesherren verstattet, ihre Beytragssumme durch Steuern von den Unterthanen einzuziehen y); wie es denn in einem andern Gesetze ausdrücklich heißt, daß sie ihre Unterthanen, so weit ihre Anlage sich erstrecke, nur höher nicht, mit Steuer belegen dürfen z), womit alle folgende Reichssteuer-Verwilligungen übereinstimmen, wie es denn auch in dem Reichsschlusse vom $\frac{1}{7}$ Febr. 1793 auf welchen sich alle nachherigen Reichsschlüsse, ähnlichen Inhalts, beziehen, nach dem vorhergehenden Beschlusse, eine Reichsarmee in triplo aufzustellen, und der Verwilligung von 30 Römermonathen, wörtlich also heißt:

„daß,

x) Buders Samml. versch. Schriften, S. 392. Strube, Rechtl. Bed. Thl. 2. S. 8.

y) R. A. v. 1544. §. 10.

z) R. A. v. 1548. §. 95.

„daß, da die Stände des Reichs, zu allen Kosten dieser Wehr- und Armatur-Anstalten, ihre Unterthanen, geistliche und weltliche, Niemand davon ausgenommen, vermöge der schon vorhandenen zielgebenden Reichsgesetze zu besteuern befugt sind, es allerdings dabey zu belassen sey; jedoch mit der zu erwartenden vorsorglichen genauen Aufsicht, damit Niemand, auf irgend eine Art, über die Gebühr und Erforderniß mit Beyträgen beschweret werde".

In der Folge ist die Steuerpflicht der Landesunterthanen noch auf einige andere, namentlich ausgedrückte, Reichs- und Landes-Staatsbedürfnisse erstreckt worden, wozu gleichfalls die Cammergüter in der Regel nicht beyzutragen schuldig sind a), wie sich denn ohnehin die Steuerfreyheit derselben von selbst versteht, wenn von dem Landesherrn, zur Rettung, oder Ergänzung der Cammergüter Steuern erhoben werden b): indem es widersinnig wäre, wenn man, in den Fällen, wo die Ausgaben nicht mehr aus den Fürstlichen Cammergütern bestritten werden können, diese dennoch besteuern wollte c).

§. 10.

a) Pütter, Inst. iur. publ. §. 255.

b) Daselbst §. 258.

c) Häberlin Handb. des teutschen Staatsrechts, Thl. 2. S. 288. Majer t. weltl. Staatsrecht Thl. 3. S. 59.

§. 10.

Ausnahmen.

Durch die reichsgesetzliche Bestimmung der nothwendigen Steuern ist die Staatslast zwischen dem Landesherrn und den Unterthanen gleichsam getheilt. Diese tragen, was ihnen durch Gesetz und Herkommen ausdrücklich aufgelegt ist, jene alle übrigen Kosten der Regierung und des Hofstaates, ohne deshalb, im Falle der Zulänglichkeit des Cammergutes, von aller Steuerlast, in Ansehung der Reichsstaats-Bedürfnisse, völlig frey zu seyn. Denn nur unter der Voraussetzung einer Unzulänglichkeit des Cammergutes, ist jene Befreyung bewilliget (§. 9.).

Dieß ist eine sehr natürliche Veranlassung zu besonderen Verabredungen zwischen Herrn und Land, wodurch jener einen bestimmten Beytrag zu den Steuern, die dieses aufbringen muß, übernimmt, um aller Zweifel, Streitigkeiten und Untersuchungen über die Zulänglichkeit, oder Unzulänglichkeit des Cammergutes, überhoben zu seyn, wie dieß z. B. in Pommern, Mecklenburg und Anhalt der Fall ist d).

In anderen Ländern muß Recht und Billigkeit jeden Regenten, im Falle eines allgemeinen Reichs-Krieges, selbst an seine Beytragsverpflichtungen erinnern, wenn sein Cammergut dazu irgend im Stande

d) Moser, von der Landeshoheit in Steuersachen, S. 450. f.

de ist: besonders in den jetzigen Zeiten, wo es so sehr Noth ist, dafür zu sorgen, damit, wie es in dem Reichsabschiede von 1543. §. 75. heißt: „der gemeine Mann, und alle Unterthanen desto mehr zu „solcher Anlage bewegt, und in gutem Willen und „Gehorsam erhalten werden".

Auch haben schon mehrere Teutsche Fürsten von ihrer Bereitwilligkeit, die allgemeinen Lasten mit zu übernehmen, und die Unterthanen nach Möglichkeit zu erleichtern, die rühmlichsten Beyspiele gegeben.

Ueberdieß hat, in dem Falle einer allgemeinen Landesnoth, besonders bey feindlichen Gelderpressungen und Brandschatzungen, natürlicherweise die Steuerfreyheit der Cammergüter nicht Statt e), mit welchen Kriegslasten nur die Kriegssteuern nicht verwechselt werden dürfen f).

Ueberhaupt aber verdient bey solchen Fällen immer noch die Betrachtung einige Aufmerksamkeit, daß wenn die Cammercasse würklich erschöpft, und vielleicht gar mit Schulden überhäuft ist, die Unterthanen doch am Ende hinzutreten und aushelfen müssen, wie die Geschichte so vieler Teutschen Länder deutlich beweiset: daß also die Beyziehung der Cammergüter nicht immer reinen Gewinn, sondern häufig bloß eine Art von Vorschuß auf kurze Zeit gewährt.

End-

e) Pütter, Inst, iur. publ. §. 258.

f) Cramer, Wetzl. Nebenstund. Thl. 52. Abh. 1.

Endlich kann, nach der einmal bestimmten Abtheilung der Staatslasten, kein in dem Landeskataster stehendes Gut, dadurch, daß es Cammergut wird, seine Steuerpflichtigkeit ablegen und den übrigen collectabeln Grundstücken aufbürden, weßwegen in der Regel neuerworbene, vorher steuerbare Cammergüter, auch in dieser Eigenschaft, noch steuerbar bleiben g).

§. 11.

Resultate.

Aus diesem Allen ergiebt sich, daß

1) die reichsständischen Cammergüter in der Regel für Hausgüter, keinesweges aber für Domainengüter in dem Sinne des Wortes, daß darunter nur solche Güter zu verstehen wären, die nicht vom Landesherrn herrühren, sondern vom Staate selbst zur Bestreitung der Staatsausgaben ausgesetzt sind, gehalten werden müssen;

2) daß zwischen reichsständischen Cammergütern, wenn man sie schon im weitern Sinne Domainengüter, oder wie in der Vorstellung vom 6. Jan. 1799 geschehen, Hausdomainen nennt, und zwischen reichsständischen Hausgütern, ein wesentlicher Unterschied nicht bestehe; vielmehr

3)

g) Cramer, obs. iur. univ. T. I. obs. 186.
Moser, a. a. O. S. 450.

3) die reichsständischen Haus-, oder Familiengüter, weil sie von den Cammercollegien gewöhnlicher Weise verwaltet werden, unter der allgemeinen Benennung der Cammergüter mitbegriffen, von diesen also überall nicht, und im Wesentlichen nur von eigentlichen Staatsgütern, wenn dergleichen in einem Reichsständischen Lande vorhanden seyn sollten, verschieden seyen; daß hingegen

4) selbst diese Verschiedenheit einen Unterschied in Absicht auf die Mitleidenheit bey einem allgemeinen Nothstande, um so weniger begründe, da die reichsständischen Familiengüter, gleich eigentlichen Staatsgütern, zur Bestreitung öffentlicher Bedürfnisse mit verwendet werden.

Zweyter Abschnitt.

Von der Steuerfreyheit, der an Privatpersonen veräußerten Cammergüter.

§. 12.

Cammergüter, die an Privatpersonen veräußert worden, bleiben in der Regel steuerfrey.

Wenn ein Cammergut an einen Unterthan veräußert wird; so kann leicht darüber Zweifel entstehen, ob die demselben bisher zugestandenen Immunitäten, besonders aber die Steuerfreyheit, auch auf den neuen Eigenthümer mit übergehen; oder ob es durch die Veränderung des Besitzers, der Steuerpflicht unterworfen werde?

Die Steuerfreyheit der landesherrlichen Cammergüter haftet in der Regel auf dem Gute, da sie ihm selbst beygelegt ist, und nicht bloß dem Landesherrn, um seiner Person willen, zu Statten kömmt. Nur bey solchen Gütern, welche bereits steuerbar waren, und als solche von dem Landesherrn erworben worden sind, dadurch aber, wenn es die Landesverfassung so mit sich bringt, in Rücksicht auf die Person des Landesherrn, als nunmehrigen Besitzers, die

Steuer-

Steuerfreyheit erlangt haben, kann man mit Grunde annehmen, daß sie durch die Veräußerung an Unterthanen wieder in ihr voriges Verhältniß zurück kehren, und folglich der Steuerpflicht wieder unterworfen werden. h)

Ursprünglich freye Cammergüter hingegen gehen, auch ohne ausdrückliche Bedingung und Bewilligung, mit der ihnen anklebenden Steuerfreyheit auf den neuen Eigenthümer über. Denn wenn eine Landesherrschaft Güter an privatos veräußert, so werden sie dadurch nicht steuerpflichtig, indem dadurch die qualitas praedii nicht verändert wird i): ex mutato enim possessore non mutatur inhaerens rei qualitas; sed ea ad quemvis possessorem transit cum omni sua causa, qualitate et conditione. k)

Aus eben diesem Grunde verliert auch ein steuerfreyes Rittergut, durch Veräußerung an einen Bürger, die auf ihm haftende Steuerfreyheit nicht, l) und hievon kann auf Cammergüter um so mehr ein vollgültiger Schluß gezogen werden, da im Wesentlichen der Rechtsgrund ganz derselbe ist.

§. 13.

h) Mevius, Decis. P. 8. Dec. 460. Schnaubert, Staatsrecht der teutschen Reichslande. §. 293.

i) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Th. 10. S. 10. Th. 82. S. 102.

k) Mevius, l. c. n. 7.

l) Lynker, de cataſtris, cap. 3. §. 14. Leyser, med. ad Pandect. vol. 10. spec. 664. med. 4.

§. 13.

Wenn nicht die Landesverfassung etwas Anderes mit sich bringt.

Von diesen Grundsätzen des gemeinen Rechts können freylich Gesetze, oder Gewohnheiten, einzelner Länder mehr oder weniger abweichen.

Da, wo der Landesherr selbst von seinen Domainen Steuer geben muß, ist die Sache ohnehin klar. Da, wo die landesherrlichen Güter nur um der Person des Landesherrn willen steuerfrey sind, hören sie natürlicher Weise auf, es zu seyn, wenn sie in andere Hände kommen. Haftet hingegen die Steuer auf dem Gute; so kömmt sie mit demselben an jeden neuen Inhaber.

In dieser Hinsicht hat Moser m) allerdings Recht, wenn er vor allen Dingen auf die Verfassung jedes Landes verweiset. Er hat aber Unrecht, wenn er hinzufügt, es lasse sich von allem solchen nichts Allgemeines sagen. Denn wie, wenn die Landesverfassung darüber schweigt?

In diesem Falle tritt natürlicher Weise die oben (§. 12.) erwiesene gemeinrechtliche Regel ein, nach welcher die Steuerfreyheit auf den Cammergütern selbst haftet, und mithin auch jedem Besitzer zu Statten kömmt.

§. 14.

m) In seinem Tractate von der Reichsstände Landen, S. 272.

§. 14.

Jedoch immer ohne Unterschied, ob sie eigentliche Domainen, oder bloße Hausgüter, gewesen sind.

Ob nun ein Cammergut eigentliche Domaine, oder bloßes Hausgut des Regenten gewesen ist, macht in der Hauptsache keinen Unterschied. Da die Steuerfreyheit auch auf den Gütern der letztern Art haftet (§. 8. 9.); so geht sie auch mit einem veräußerten Hausgute auf den Erwerber über.

Wenn daher in dem gegenwärtigen Falle auf den Unterschied zwischen Allodialgut und Domaine einiges Gewicht gelegt werden will; so stehet solches mit der eigenthümlichen Beschaffenheit der Teutschen landesherrlichen Cammergüter (§. 8.) offenbar im Widerspruche.

§. 15.

Und wenn sie gleich aufhören, Cammergüter zu seyn.

Der scheinbarste Einwurf ist allerdings der: durch die Veräußerung eines Cammergutes falle der Grund und Zweck der Steuerfreyheit hinweg; es werde Eigenthum eines Privatmannes, der darüber nach Belieben verfügen könne; die Einkünfte fließen nicht mehr in die öffentliche Casse, kommen dem Lande nicht mehr zu Statten, und somit lasse sich auch von der ehemaligen Eigenschaft des Guts auf dessen nachherige Exemtion kein richtiger Schluß ziehen.

Allein diese Grundsätze des natürlichen Staatsrechts, gesetzt, daß sie auch im Allgemeinen ohne Aus-

Ausnahme richtig wären, müssen den in Teutschland geltenden positiven Bestimmungen billig nachstehen. „Es ist," sagt Moser, n) „ein Hauptfehler und Grundirrthum, wenn man in der Materie von der Steuerschuldigkeit und Freyheit von dem allgemeinen Staatsrecht, und also von hinten anfangen will. Nein! unsere allgemeine Reichs- und jedes Landes besondere Staatsverfassung gehen vor!"

Nach den im Allgemeinen geltenden, und auch bey den höchsten Reichsgerichten angenommenen Grundsätzen, ist die Steuerfreyheit eine den landesherrlichen Cammergütern zukommende Eigenschaft (§. 9.), welche deswegen auch auf jeden dritten Erwerber derselben übergehet (§. 12.), und wenn gleich der Grund dieser Steuerfreyheit in der ursprünglichen Bestimmung der Cammergüter zur Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse, und in ihrer außerdem zu besorgenden Unzulänglichkeit zu den gewöhnlichen Staatslasten liegt (§. 9.); so kann doch die ihnen einmal beygelegte Eigenschaft nicht als stillschweigend aufgehoben angesehen werden, sobald sie in die Hände eines andern Besitzers kommen, sondern es muß diese Abänderung ausdrücklich bedungen und festgesetzt werden.

Hierzu kommt bey dem Verkaufe eines Cammergutes noch insbesondere, daß der Käufer, bey der Bewilligung des Kaufpreises, allezeit auch auf

n) In dem Tract. von der Landeshoheit in Steuersachen, S. 449.

auf die Freyheiten des Gutes Rücksicht nimmt, und daß mithin der Landesherr, welcher ein solches Gut verkauft, in der That den Werth der damit überlassenen Freyheit, durch den höhern Preis, erhält, mithin diesen nicht annehmen, und nachher auch noch auf die Sache selbst Anspruch machen kann.

Dritter Abschnitt.

Von der Steuerfreyheit eines veräußerten Cammergutes, in besonderer Beziehung auf die, durch den gegenwärtigen Reichskrieg gegen Frankreich, veranlaßten Kriegssteuern.

---

§. 16.

Die Steuerfreyheit des befragten Gutes, hat auch im gegenwärtigen Reichskriege Statt.

Die Steuerfreyheit des in Frage stehenden Gutes wird zwar in Rücksicht auf ordentliche Steuern und jede andere gangbare Abgabe, unumwunden anerkannt, hingegen in Beziehung auf die durch den gegenwärtigen Reichskrieg veranlaßten Steuern bestritten, und durch die Forderung einer beträchtlichen Kriegssteuer, wirklich angefochten.

Diese

Diese Forderung kann jedoch, bey näherer Erwägung der Umstände und Rechtsgründe, für statthaft nicht geachtet werden.

Das in Frage stehende Gut war ursprünglich ein Cammergut, von welchem, nach der teutschen Verfassung, eben dieselben Grundsätze, wie von den eigentlichen Domänen, gelten (§. 8. 11.). Da nun der Landesherr selbst einräumt, daß diesen die Befreyung von der Abgabe zu den Kriegslasten zukomme; so kann wohl mit Recht angenommen werden, daß jenes Gut, so lange es in den Händen des Verkäufers sich befand, dieses Vorzuges, gleich den andern landesherrlichen Cammergütern, theilhaftig war. Es ist aber, wie bereits dargethan worden, mit allen ihm anklebenden Immunitäten, und insbesondere mit der Steuerfreyheit, an den Käufer übergegangen (§. 12. 14.), ja sogar ausdrücklich an ihn übertragen worden, folglich steht ihm auch jetzt noch die Befreyung von den in Frage stehenden Kriegslasten zu.

Es heißt ausdrücklich in dem Kaufbriefe von 1675, das Gut zu N. werde dem Käufer, gegen den bedungenen Kaufschilling, überlassen, frey und ohne einige Ritterdienste, auch Steuer, Contribution, und alle andere Beschwerung, so bereits erdacht, oder künftig erfunden werden möchten, allermaßen der Verkäufer solches bey dem A...schen Erbvergleich überkommen, mit allen Freyheiten, Privilegien, Rechten und Gerechtigkeiten, wie sie von dem Verkäufer bisher ruhig besessen worden seyen.

Hieraus ergiebt sich dann von selbst, daß auch der jetzige Eigenthümer bey dem ruhigen Besitze eben dieser Freyheiten um so mehr billig geschützet werden muß, da, selbst ohne die ausdrückliche Anerkennung der ursprünglichen Freyheit von Kriegssteuern, schon nach allgemeinen Grundsätzen, zu vermuthen ist, daß die Herrschaft dieselbe nicht mitgetragen habe, mithin dieses dem Käufer gleichfalls zu statten kommen muß. o)

§. 17.

Sie muß dem Besitzer vertragsmäßig gewährt werden.

Diese allgemeine und vollkommene Befreyung von allen Steuern und Lasten war mit ein Gegenstand des Kaufvertrages von 1675; für sie ist mit bezahlt worden.

Es ist also hier kein Immunitätsprivilegium, von dessen einschränkender Erklärung etwa die Rede seyn könnte, sondern ein mit dem befragten Gute erkauftes, auf demselben haftendes Realrecht, welches in der Regel, auch ohne ausdrückliche Verabredung, auf den Käufer übergieng, und mithin ihm rechtmäßig überlassen werden konnte.

Der Landesherr kann es, auch nur als wohlerworbenes Recht betrachtet, unter dem Vorwande des öffentlichen Bedürfnisses, nicht anfechten. Er ist über-

o) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Th. 55. S. 96.

überdieß, als Land- und Lehnerbe des Verkäufers, verbunden, es in seinem ganzen Umfange anzuerkennen. p) Von ihm selbst darf also wohl, bey näherer Erwägung der wahren Verhältnisse, ferner nichts besorgt werden.

Sollten aber die Unterthanen, und insbesondere die Mitglieder der Ritterschaft, gegen Erwarten, auf die Beyziehung des Gutes N. zu den jetzt aufzubringenden Kriegssteuern antragen; so würde, wenn man die Unstatthaftigkeit eines solchen Verlangens vorerst nicht in Betrachtung ziehen will, dem jetzigen Besitzer die in der Natur der Sache gegründete, und von dem Verkäufer, für sich und seine Erben und Erbnehmer, zugesicherte Gewährleistung von dessen Nachfolger nicht verweigert werden können.

Diese Verpflichtung zur Vertretung und Gewährleistung fließt bey einer titulo oneroso erworbenen Immunität aus dem Vertrage selbst, wie solches in einem ähnlichen Falle, von dem Kaiserlichen Reichs-Kammergerichte, ganz richtig anerkannt worden ist, q) und sie müßte in dem gegenwärtigen Falle, wenn der Besitzer des befragten Gutes von einem Dritten in Anspruch genommen würde, um so mehr statt finden, da sie noch überdieß ausdrücklich zuge-

p) Klock, de contribut. cap. 16. §. 147. Carpzov, Dec. 87. n. 4. seq. Wernher, T. 1. P. 1. obs. 170.

q) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Th. 52. S. 6.

zugesagt ist. Ja, der Landesherr könnte sich, in seiner Eigenschaft als Erbe des Verkäufers, von derselben sogar nicht lossagen, wenn er, als Landesherr, auf der gemachten Forderung bestehen zu müssen, dafür halten sollte.

Wenn von der Landesherrschaft ein Gut, mit völliger Befreyung von allen und jeden Steuern, Contributionen und Beschwerden, verkauft wird, so versteht es sich von selbst, daß der Kaufschilling, nach dem Werthe einer so wichtigen Freyheit, mit bestimmt und bedungen wird. Die Landesherrschaft erhält also damit in der That ein für allemal einen Fonds, der die gegenwärtigen und zukünftigen Steuern zugleich in sich begreift, und es tritt dabey ungefähr dasselbe Verhältniß ein, welches durch ein vertragsmäßig festgesetztes, jährliches Aversionalquantum begründet wird, in welchem Falle die Vertretung der Landesherrschaft eben so wenig einigem erheblichen Zweifel unterworfen seyn kann. r)

§. 18.

Sie kann, auch unter dem Vorwande eines außerordentlichen Staatsbedürfnisses, nicht angenommen werden.

Zwar wird, in Rücksicht auf die Befreyung von Steuern und gemeinen Lasten, gewöhnlich behauptet, daß dieselbe auf außerordentliche Fälle, besonders

r) Pütter, Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts, B. 3. Heft 1. Nro. 20.

sonders wenn in Kriegszeiten, oder auf andere Art, eine allgemeine Landesnoth entstehet, nicht auszudehnen sey, weil die Privilegien, welche solche Befreyungen enthalten, eigentlich nur von den gewöhnlichen Lasten zu verstehen, und auf außerordentliche Fälle nicht zu ziehen seyen. s)

Allein die Rechtsgelehrten machen hierbey nicht nur den Unterschied, ob eine solche Befreyung titulo oneroso erworben sey, oder nicht, und erkennen im ersten Falle die Rechtsgültigkeit und verbindliche Kraft der erlangten Freyheit auch alsdann, wenn außerordentliche Steuern und Abgaben gefordert werden wollen, t) sondern sie bemerken auch sehr richtig, daß jene Ausnahme von der Regel nur von dem Falle verstanden werden müsse, wenn fremde Kriegsvölker selbst von einem Lande Beyträge zu ihrer Subsistenz fordern, welche freylich an die sonst üblichen und auf einheimischen Begnadigungen beruhenden Freyheiten sich nicht kehren, u) daß sie hingegen auf den Fall nicht auszudehnen sey, wenn die Obrigkeit in Kriegszeiten Steuern ausschreibt, indem diese allezeit an die Ordnung und bestehende Verfassung gebunden, und in die rechtlich hergebrachten Freyheiten der Unterthanen,

s) Klock, de contrib. cap. 19. §. 519. Wernher, T. 2. P. 8. obs. 477. Mevius, P. 6. Dec. 420. n. 9. Pütter, Rechtsfälle, B. 1. Th. 3. S. 733.

t) Klock, l. c. cap. 16. §. 172. 190.

u) Pütter, a. a. O. Nro. 5. 6.

thanen, unter dem Vorwande eines außerordentlichen Falles, einzugreifen, keinesweges befugt ist. v)

Da nun eines Theils die Steuerfreyheit des in Frage stehenden Guts unstreitig durch einen förmlichen Kaufvertrag, also titulo oneroso, erworben; andern Theils der Fall einer friedlichen Contributionsforderung nicht vorhanden ist; so folgt von selbst, daß auch die gegenwärtigen außerordentlichen Kriegssteuern keinen hinreichenden Grund abgeben, die Immunität jenes Gutes anzufechten.

§. 19.

Noch, weil die Contrahenten an den gegenwärtigen Fall nicht gedacht hätten.

Es ist aber dagegen noch ferner eingewendet worden, daß aus der Geschichte jener Zeit, in welche der Verkauf des mehrgedachten Gutes falle, und aus der gerade damals vom Kaiser und Reich bewilligten Ausdehnung der den Unterthanen obliegenden Steuerpflicht, mit Zuverlässigkeit sich ergebe, daß die Contrahenten nicht auf künftige außerordentliche Reichs-Kriegssteuern, sondern bloß auf die damals neu eingeführte Besteuerung zur Bestreitung der Legationskosten, so wie auf die von den Reichsständen beabsichtigte, noch größere Erweiterung ihrer Besteuerungs-Befugniß, Rücksicht genommen hätten, als die Clausel: „frey von allen Be-

v) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Th. 52. S. 4.

Beschwerungen, so bereits erdacht, oder künftig erfunden werden möchten," bedungen, und dem Kaufbriefe eingerückt worden sey.

Es ist nun zwar allerdings richtig, daß die teutschen Reichsstände in der letzten Hälfte des siebzehnten Jahrhunderts, und besonders zwischen 1667 und 1670, sichs gar sehr angelegen seyn liessen, ihre Unterthanen einer allgemeinen, unbedingten, alle Privilegien und Exemtionen aufhebenden Steuerpflicht zu unterwerfen. Es ist aber auch bekannt, wie sehr dieser Versuch mißglückt ist, und wie nachdrücklich der Kaiser auf den deßfalls ihm gemachten Antrag sich erklärt hat, daß er darein nicht willigen könne, vielmehr gemüssiget sey, einen jeden bey dem, dessen er berechtiget, und wie es bis dato observiret worden, in alle Wege verbleiben zu lassen. w)

Diese merkwürdige Kaiserliche Resolution war fünf Jahre vor dem Verkaufe des befragten Gutes erfolgt; sie gewährte den teutschen mittelbaren Reichsunterthanen gegen neue Exactionen große Sicherheit, und dadurch verliert die Vermuthung, daß die angeführte Clausel allein durch Besorgnisse einer weitern Ausdehnung des landesherrlichen Besteuerungrechts veranlaßt worden sey, den größten Theil ihrer Wahrscheinlichkeit.

Gesetzt jedoch, die ausdrückliche Erwähnung der Beschwerden, die künftig erst erdacht werden möch-

w) Schmaufs, Corp. iur. publ. S. 1079. Pütter, Inst. iur. publ. §. 255. not. o.

möchten, sey durch die, um jene Zeit so öffentlich in Anregung gebrachten, obgleich durch die Kaiserliche Resolution von 1670 bereits vereitelten Absichten der Reichsstände zunächst veranlaßt worden; was wird dadurch in der allgemeinen Befreyung von allen und jeden Steuern und Contributionen, und in den, ausdrücklich mit verkauften Freyheiten, Privilegien, Rechten und Gerechtigkeiten, wie sie der Verkäufer und dessen Vorfahren bis dahin ruhig besessen hatte, geändert?

So gewiß es ist, daß eine specielle Bedingung eines Vertrages die vorhergehenden und nachfolgenden allgemeinen Bedingungen nicht aufhebt; so ganz unschädlich müßte auch die übrigens höchst zweifelhafte Beziehung jener besondern Clausel auf künftige neue Steuerarten, in Rücksicht auf die, mit dem in Frage stehenden Gute zugleich verkaufte, allgemeine und unbeschränkte Immunität, seyn.

Die Reichs-Kriegssteuern waren zur Zeit jenes Kaufes längst erfunden, und auf sie paßt also die im Allgemeinen mit verkaufte Freyheit von allen Steuern und Contributionen, so wie der erste Theil jener Clausel — Beschwerden, so bereits erdacht — vollkommen, so daß man den Ursprung des zweyten Theils der Clausel — Beschwerden, so künftig erfunden werden möchten — allenfalls dahin gestellt seyn lassen kann, ohne deswegen eine Beschränkung der allgemeinen Befreyung auf diese Art von Steuern und Abgaben zuzugeben.

§. 20.

Noch, weil die Contrahenten an den gegenwärtigen Fall nicht hätten denken können.

Der gegenwärtige Fall ist auch nicht von der Art, daß die Contrahenten, nicht daran hätten denken können, wie in dem landesherrlichen Rescripte vom 4ten Jun. 1799, dafür gehalten, und deswegen die Frage aufgeworfen wird: „war es ihnen (den Contrahenten) bekannt, daß länger, als nach einem ganzen Jahrhunderte, ein durch den Adel erzeugter Krieg, zwischen dem Reiche und Frankreich ausbrechen würde, welcher dem Adel seine Auflösung drohete?“

Freylich konnten sie daran nicht denken, daß gegen das Ende des achtzehnten Jahrhunderts eine Revolution in Frankreich Veranlassung zu einem Reichskriege geben würde.

Daß aber auch künftig mit Frankreich, dem zweiten Erbfeinde des teutschen Reichs, ein allgemeiner Reichskrieg, und mithin der Fall, wo Reichs-Kriegssteuern gefordert werden könnten, sehr möglich, und nichts weniger, als unwahrscheinlich sey, daran konnten und mußten sie allerdings denken, da gerade ein Jahr vorher (1674) ein allgemeiner Reichskrieg gegen Frankreich ausgebrochen war.

Ueberhaupt aber kömmt es natürlicher Weise gar nicht darauf an, daß die Contrahenten gerade auf einen Reichskrieg gegen Frankreich gedacht haben. Es ist genug, daß sie einen Reichskrieg, und

den möglichen Fall von Reichs-Kriegssteuern vor Augen gehabt haben können. Daß sie ihn auch gewiß vor Augen gehabt haben müssen, ist aus der Geschichte jener Zeit leicht abzunehmen.

Eilf Jahre vorher (1664), ehe der Verkauf des oft gedachten Gutes erfolgte, war vom Reiche eine ansehnliche Türkenhülfe bewilligt worden. Ein Jahr vorher (1674) war, wie schon bemerkt worden ist, Reichs-Kriegssteuer gegen Frankreich beschlossen worden; ja, in selbigem Jahre, vier Monate, ehe der Kauf geschlossen wurde (1675, am 25. Aug.), hatte das Reich der Krone Schweden den Krieg angekündigt. In der That, Gelegenheit genug, die Last und die Befreyung von Reichs-Kriegssteuern nicht aus dem Auge zu verlieren!

Die eigenthümliche Veranlassung des gegenwärtigen Reichskrieges hat in rechtlicher Hinsicht auf die Entscheidung der vorliegenden Frage keinen Einfluß. Diese geht lediglich dahin: Erstrecket sich die Steuerfreyheit des befragten Gutes auch auf Reichs-Kriegssteuern, und haben die Contrahenten, bey der Festsetzung einer allgemeinen, uneingeschränkten Immunität, an diese denken können? An Reichs-Kriegssteuern haben aber die Contrahenten gewiß denken können und müssen; und sogar an die, damals am meisten privilegirte Art derselben — die Türkensteuer, welcher doch höchstens nur die jetzigen Reichs-Kriegssteuern gleichgestellt werden können.

Ob, und in wie weit, der gegenwärtige Krieg gegen Frankreich durch den Adel erzeugt sey; in

wie

wie fern er nur dem Adel seine Auflösung drohe — braucht hier nicht untersucht zu werden.

Die Annalen des teutschen Reichstags bezeugen, daß der Krieg zwischen Frankreich und Teutschland von Frankreich ohne Ankündigung angefangen, den vordern Kreisen durch die That selbst erklärt, und daher von dem höchsten Reichsoberhaupte, und Churfürsten, Fürsten und Ständen, nach der verbandmäßigen Verfassung und allgemeinen Garantie des Reichs, für einen allgemeinen Reichskrieg erklärt, und daß hierauf die Stellung der reichsständischen Contingente zur Reichsarmee, und die Entrichtung einer beträchtlichen Anzahl von Römermonaten, und zu deren und der weitern Kriegskosten Aufbringung, die verfassungsmäßige Besteuerung der mittelbaren Reichsunterthanen (§. y.), beschlossen und bewilliget worden ist. x)

Diese Reichs-Kriegssteuern haben also nichts besonderes, was die Möglichkeit aufhöbe, daß an sie in abstracto — denn in concreto war es freylich nicht möglich, aber auch nicht nöthig — im Jahr 1675 hätte gedacht werden können, und bey den damaligen Verhältnissen ist es fast unmöglich, daß daran, wie an alle künftige Reichs-Kriegssteuern, nicht hätte gedacht werden sollen.

§. 21.

x) R. S. v. $\frac{\text{22. März}}{\text{30. Apr.}}$ 1793.

§. 21.

Noch auch, daß die Steuerfreyheit, auf einen solchen Fall, wie der gegenwärtige, nicht hätte festgesetzt werden dürfen.

Es ist aber gegen die Erstreckung der dem Gute zu N. zustehenden Steuerfreyheit auf Reichs-Kriegssteuern noch weiter angeführet worden, daß diese von keinem Reichsstande, zum Präjudiz des Reichs sowohl, als seiner übrigen Unterthanen, gültig versprochen und bewilliget werden könne. „Würde, heißt es in dem landesherrlichen Rescripte vom 4ten Junius 1799, in Beziehung auf die Rechte des Reichs, ein Contract bestehen, wenn ein Unterthan die Versicherung leistete, ein von den Landesregenten künftig zu ertheilendes Gesetz solle in Hinsicht auf den Mitunterthan, von keiner Verpflichtung seyn? Der Verkäufer war unmittelbares Reichsglied, in eben dieser Eigenschaft auch Reichsunterthan. Wie konnte er daher versprechen, daß wenn künftig Kaiser und Reich bey einem vorkommenden Reichskriege, Befreyte und Unbefreyete, keinen ausgenommen, zur Bestreitung der außerordentlichen Lasten eines solchen Krieges, zuzuziehen, für räthlich erachten würde, ein solches allgemein verpflichtendes Gesetz, auf die künftigen Gutseigenthümer keine Anwendung finden sollte?“

Nicht zu gedenken, daß diese Argumentation eine Theorie von den Subjectionsverhältnissen der Reichsstände gegen Kaiser und Reich vorauszusetzen scheint, welche mit den staatsrechtlichen Grundsätzen der reichsständischen Höfe, und selbst mit den Leh-

ren

ren eines ganz unpartheyischen Reichs-Staatsrechtes, nicht völlig übereinstimmen dürfte; so ist auch ein dabey zum Grunde liegender Irrthum, in Rücksicht auf die Art, wie von jeher die Zuziehung der mittelbaren Reichsunterthanen, sie seyen exemt oder nicht exemt, befreyet oder nicht befreyet, vom Kaiser und Reich festgesetzt wurde, nicht wohl zu verkennen.

So viel ist zwar ganz richtig, daß auch der Reichsschluß vom $\frac{1}{7}$ Februar 1793 (§. 9.), und die folgenden Reichsschlüsse ähnlichen Inhalts, auf die ältern Reichsgesetze sich beziehen, welche von einer so ganz allgemeinen Besteuerung der mittelbaren Reichsunterthanen handeln.

Allein alle diese Reichsgesetze befehlen eine solche Besteuerung keinesweges — sie verstatten sie nur — es sey, sagen sie, geordnet und zugelassen; es sey für billig und nothwendig angesehen, daß ein jeder Churfürst, Fürst und Stand seine Unterthanen um Hülfe und Steuer ersuchen, und die von ihnen einbringen möge; eine jede Obrigkeit soll dazu Macht haben, y) das heißt: es soll den Reichsständen erlaubt seyn, nicht aber geboten, ihre Unterthanen alle, ohne Ausnahme, zu der bewilligten Reichshülfe zuzuziehen. Daß man aber von einer erhaltenen Erlaubniß nicht gerade vollen Gebrauch machen muß; daß also auch ein Reichsstand nicht gezwungen ist, alle seine Unterthanen, ohne Unterschied

y) R. A. v. 1543. §. 24. v. 1544. §. 10. v. 1548. §. 95. u. a. m.

schied der etwa bestehenden besondern rechtlichen Verhältnisse, zu einer vom Kaiser und Reich beschlossenen Reichs-Kriegssteuer beyzuziehen, versteht sich wohl von selbst; denn von Dürfen gilt kein Schluß auf Müssen.

Auch setzen dieselben Gesetze, welche die Besteuerung der Unterthanen erlauben, sehr vorsichtig hinzu: daß das nur von den Unterthanen gemeynet sey, die die Reichsstände, vermöge der Rechte und alten besitzlichen Herkommen, zu besteuern und zu belegen haben. z) Und auf diese schon vorhandenen zielgebenden Reichsgesetze beziehen sich auch die neuern Reichsschlüsse.

Da nun die Landesherrschaft das befragte Gut zu N., weder vermöge der Rechte — denn diese sprechen ihm eine allgemeine, auch auf die Reichs-Kriegsanlagen sich erstreckende Steuerfreyheit zu, noch vermöge alten besitzlichen Herkommens — denn dieß ist vielmehr für jenes Gut — zu steuern und zu belegen hat; so hängt es nicht einmal von ihrer Willkühr ab, ob sie von der gesetzlichen Erlaubniß Gebrauch machen will oder nicht. Denn diese Erlaubniß erstreckt sich gar nicht auf jenes Gut, da die Vorfahren des jetzt regierenden Landesherrn, für sich, ihre Erben und Erbnehmer versprochen haben, in Ansehung desselben davon keinen Gebrauch zu machen, indem sie es frey von allen ersinnlichen Steuern, Contributionen und Beschwerden, mit allen Freyheiten, Privilegien, Rechten und Gerechtigkeiten,

z) R. A. v. 1543. §. 24.

ten, wie sie und ihre Vorfahren es besessen hatten, verkauft haben.

Die in den Reichsgesetzen enthaltene Bewilligung, daß die exemten wie die nicht exemten, die befreyten wie die nicht befreyten Unterthanen besteuert werden dürfen, ist deswegen nicht unnütz und unwirksam. Denn nur die befreyten, die es aus besonderm Grunde, und vielleicht gar titulo onerolo geworden sind, trift sie nicht; wohl aber Ritterschaft, Geistlichkeit und andere, die etwa sonst eine allgemeine Steuerfreyheit hergebracht haben, wie solches Ludolfa) sehr richtig bemerkt, und Cramerb) bestärket.

Ueberhaupt muß allezeit und in jedem Falle der Unterschied zwischen einer, bloß durch Landesherrliche Gnade, mittelst eines Privilegii erlangten, und einer titulo onerolo, durch Bezahlung eines höhern Kaufschillings, mit einem Gute erworbenen, schon vorher auf demselben haftenden Steuerfreyheit wohl in Acht genommen werden. Diese hat natürlicher Weise vor jener gewisse Vorzüge, und von ihr können, schon nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, jene reichsgesetzlichen Verfügungen unmöglich verstanden werden.

Sollte endlich der oben angeführten Landesherrlichen Erklärung vielleicht die Meynung zum Grunde

a) Ludolf, in Symphoremate Consult. T. 2. Nro. 14. pag. 710.

b) v. Cramer, in den Wetzlarischen Nebenstunden, Th. 10. S. 16.

Grunde liegen, daß die Reichs-Kriegssteuern allen mittelbaren und unmittelbaren Reichsunterthanen von Kaiser und Reich auf gleiche Weise aufgelegt, und bloß Namens desselben, durch die Landesherren ihren Unterthanen kund gemacht, von denselben erhoben, und sodann dem Reiche abgeliefert werden, folglich ihnen nicht gebühre, davon irgend Jemand frey zu lassen; so ist zwar wohl bekannt, daß ältere Rechtsgelehrte, und selbst die Reichsgerichte dieser Meynung beygethan gewesen sind; c) es ist aber auch eben so bekannt, daß nach richtigen Grundsätzen und dem Inhalte der Reichsgesetze, welche die Besteureung der mittelbaren Reichsunterthanen den Landesherren derselben ausdrücklich überlassen, völlig gemäß, jetzt nicht mehr bezweifelt wird, daß die Vertheilung und Erhebung der Reichssteuren zu den in der Landeshoheit enthaltenen Befugnissen gehört, d) wie denn bereits in der Mitte des vorigen Jahrhunderts ein angesehener Reichsstand gegen jene älteren, in einer öffentlichen Schrift vertheidigten Behauptungen sich sehr nachdrücklich also geäußert:

„Was aber der Concipient de subcollectatione derer Reichssteuern, ob sie vigore superioritatis, oder nur in vim nudi ministerii, ex delegata quadam potestate geschehen, vorbringt, da mag er zusehen, daß er der Hoheit der Churfürsten und Stände nicht zu nahe trete, und in principia

c) Meichsner, T. 2. lib. 1. Decis. cam. 6. n. 72. Hert. de super. territ. §. 40. u. m. a.

d) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Th. 55. S. 106. 107.

pia iuris publici impingire, aus welchen bekannt, daß die Reichsstände . . . . die Steuern iure superioritatis anlegen, wie solches Knichen ex historia reipublicae Germanicae ausführlich darthut." e)

Es ist daher auch ein in dem teutschen Staatsrechte anerkannter Grundsatz, daß dem Landesherrn das Recht, auch von Reichssteuern Befreyungen zu bewilligen, nicht bestritten werden kann, f) zumal da sich ohnehin von selbst versteht, daß dadurch dem Reiche, an der ihm von einem bestimmten Lande gebührenden Beytragssumme nichts abgehet, auch nach der allgemein bekannten Praxis noch nie versucht worden ist, um solcher Befreyungen willen, einen Abzug zu machen. g)

Eben so wenig kann wegen einer ertheilten Befreyung den übrigen Unterthanen eine größere Last aufgelegt werden; sondern der Landesherr selbst muß den etwa entstehenden Abgang auf sich nehmen, h) so daß also auch die Einwendung, daß kein teutscher

e) Knichen, de iure territ. cap. 1. n. 138. seq.

f) Lynker, de catast. c. 2. §. 5. seq. Klock, de contribut. cap. 16. sect. 1. n. 2. consil. 111. quaest. 3. v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Th. 55. S. 101. f.

g) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, a. a. O. S. 108. u. Th. 10. S. 12.

h) Carpzov, Resp. l. 1. resp. 75. n. 20. seq. Hert. Resp. 269. n. 9.

Reichsstand einen seiner Unterthanen, ohne gegen die übrigen ungerecht zu handeln, von Reichssteuern freylassen könne, sich von selbst erlediget.

Ueberdieß ist diese Einwendung, genau genommen, auf vorliegenden Fall gar nicht einmal anwendbar, da von dem befreyten Gute nie Reichs-Kriegssteuren bezahlt worden sind, den übrigen Unthanen also nicht das geringste entgeht, ihr Steuerquantum nicht um einen Heller erhöhet wird, wenn auch jetzt und künftig von den Besitzern jenes Gutes, vermöge der ihnen mit verkauften völligen und uneingeschränkten Immunität, nichts bezahlt wird.

Hieraus ergiebt sich denn auch weiter, daß, wie schon oben gelegentlich bemerkt worden ist, den Unterthanen überall kein Recht zustehen kann, die Beyziehung des gedachten Gutes zu den jetzt zu entrichtenden Reichs-Kriegssteuern zu verlangen, indem bey einer, durch Vertrag gegen ein Aversionalquantum, oder was in der Hauptsache einerley ist, gegen eine in dem höhern Kaufschillinge enthaltene Summe Geldes erlangten, eine Prägravation der andern Unterthanen nicht im geringsten nach sich ziehenden Immunität, kein Anspruch gegen den Befreyten, sondern nach Umständen allenfalls nur gegen den Landesherrn Statt hat, i) welches letztere jedoch auf den gegenwärtigen Fall nicht einmal anwendbar ist, da das in Frage stehende Gut niemals steuerbar gewesen ist, mithin die Unterthanen, daß es

i) Pütter, Erörterungen, B. 3. Heft 1. S. 107. f. u. S. 117. f.

es jetzt bloß um ihres Vortheils willen steuerbar gemacht werde, keinesweges verlangen, folglich auch keine Forderung an ihren Landesherrn in dieser Hinsicht machen können. k)

§. 22.

Höchstens findet eine Gleichstellung mit den Fürstlichen Cammergütern Statt.

Betrachtet man nun die rechtlichen Verhältnisse des Gutes zu N. in Beziehung auf die, durch den gegenwärtigen Krieg veranlaßten Reichssteuern; so kann man nach strengem Rechte nicht anders, als die gänzliche Befreyung desselben von dieser Last annehmen.

Nur seine ursprüngliche Verbindung mit den Herrschaftlichen Cammergütern scheint eine rechtliche Verbindlichkeit zu begründen, wegen dieses Gutes alsdann einen verhältnißmäßigen Beytrag zu jenen Reichssteuern zu leisten, wenn von den steuerfreyen Cammergütern selbst dazu beygetragen würde.

Das befragte Gut ist als freyes Cammergut, so wie es die Landesherrschaft besessen hat, verkauft worden, und darauf beruht hauptsächlich die demselben anklebende allgemeine, uneingeschränkte Immunität. Werden nun Güter derselben Art mit einer Reichs-Kriegssteuer belegt, so scheint von selbst zu folgen, daß 1) in diesem Falle auch die Immunität des gedachten Gutes cessiren, und daher 2) der Eigenthümer nach Verhältniß contribuiren müsse.

Allein

k) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Th. 10. S. 11.

Allein wenn man auch das erstere völlig zugiebt, so folgt daraus noch lange nicht das zweyte. Die Immunität dieses Gutes ist gekauft und bezahlt.

Der jetzige Fall ist nicht so beschaffen, daß die Contrahenten bey dem Verkaufe daran nicht hätten denken können; vielmehr hatten sie nur zu viel Anlaß, daran recht lebhaft zu denken (§. 19. 20.).

Es ist also unter der bedungenen Immunität, und zwar rechtmäßig (§. 21.) begriffen, auch keinesweges von so außerordentlicher Art, daß er eine vertragsmäßige Verpflichtung aufzuheben im Stande wäre.

Der Käufer und seine Erben können mithin nicht angehalten werden, etwas, wofür der Verkäufer einmal für allemal bezahlt ist, noch einmal zu entrichten. Hält hingegen der jetzt regierende Landesherr dafür, daß auch von dem ehemaligen Cammergute zu N. zu den jetzigen Reichs-Kriegskosten beygetragen werden müsse, so fällt Ihm selbst, als Erben des Verkäufers, diese Last zu.

II.

Ueber erbmarschallamtliche Rechte, Ausschließung vom Landtage, Infamie nach teutschen Grundsätzen, Ausforderung zum Duell und Injurien, besonders unter Standspersonen.

Die Geschichte, welche das folgende rechtliche Gutachten veranlaßt hat, ist dem Publikum, wenigstens der Hauptsache nach, bereits bekannt, und hat nothwendig Aufsehen erregen müssen. Hier ist sie nun so ausführlich, wie eine der Hauptpersonen, in der Absicht, von der Göttingischen Juristen-Facultät über die ihr vorgelegten Fragen belehrt zu werden, sie mitzutheilen für gut gefunden hat. Warum das Gutachten in seiner ungeänderten Form hier eingerückt ist, wird jeder kundige Leser von selbst ermessen.

Rechtliches Gutachten.

Hauptgrundsätze.

I. Ein Erbmarschall hat nicht alle Rechte eines Präsidenten oder Directors eines Collegii. Er darf die Qualification der Landtagsglieder nicht einseitig prüfen, noch sie für sich von

Landes-

Landesversammlungen zurückweisen, wohl aber nach vorgängigem Schlusse des Landtages. Wer sich jedoch dadurch beschwert glaubt, dem steht der Weg Rechtens frey. II. Von Landständischen Versammlungen sind in Churſachsen alle ausgeschlossen, welche in causa famosa condemnirt sind. Dafür sind aber nur solche Sachen zu halten, wobey ein rechtskräftiges Erkenntniß dem schuldig befundenen Theile den Verlust der Ehre ausdrücklich zuzieht, und die römischen Gesetze sind hier nicht anwendbar. III. Wer in einem, übrigens rechtmäßigen Geschäfte, des Andern Ehre ohne Noth kränkt, fügt diesem eine widerrechtliche Beleidigung zu. IV. Die unbestimmte Forderung einer der Geburt und dem Stande gemäßen Genugthuung deutet nicht schlechterdings auf eine Herausforderung zum Duell. V. Ein Denunciant, der einigen Grund für sich hat, ist weder zum Kostenersatz, noch zu sonstiger Genugthuung verbunden. VI. Wenn das corpus delicti zweifelhaft, und überdies von dem Denunciaten keine wahrscheinliche Gefahr zu besorgen ist; so findet dessen Verhaftung nicht Statt.

Als uns eine Geschichtserzählung, nebst vier Beylagen, und einigen angehängten Fragen zugesandt, und darüber unser rechtliches Gutachten zu ertheilen, gebeten worden;

Demnach erachten wir, nach fleißiger deren Verlesung und gepflogener collegalischer Erwägung, den Rechten gemäß zu seyn:

Hat der Churfürstlich Sächsische Hauptmann, Herr Carl Friedrich von Eberstein, bereits vor mehreren Jahren mit seinen Gutsnachbarn und Gevettern, den Gebrüdern von Eberstein, Besitzern des adelichen Gutes, der Domhof genannt, zu Gehofen, verschiedene rechtliche Irrungen gehabt, welche endlich in persönliche Zwistigkeiten und Thätlichkeiten

ten ausgeartet sind, so daß unter andern auch ein Gerichtsunterthan der Gebrüder von Eberstein, Namens Meyer, zu mancherley ungebührlichen Thathandlungen gegen gedachten Herrn Hauptmann von Eberstein gebraucht, und dieser dadurch bewogen worden ist, denselben, da er ihn gelegentlich bey einem Gange auf die Jagd im Felde angetroffen hatte, durch Bedrohung mit der Flinte, zum Niederknien und zu dem Versprechen, daß er künftig ihm und seinen Leuten nicht mehr nach dem Leben trachten, auch ihn und seine Leute nicht weiter beleidigen wolle, zu nöthigen.

Ist nun hauptsächlich hierdurch eine gerichtliche Untersuchung gegen besagten Herrn von Eberstein veranlaßt, und dieser, so wie benannter Meyer, nach deren Beendigung, durch ein eingeholtes Urtheil, zur Zuchthausstrafe verurtheilt, solche aber in Ansehung des ersteren, von Seiner Churfürstlichen Durchlaucht zu Sachsen, auf dessen unterthänigste schriftliche Vorstellung, in Arrest auf der Festung Königstein verwandelt, nach dessen Endigung aber dem Herrn von Eberstein, das von dem Herrn Herzog von Sachsen-Meinungen gehabte Geheimeraths-Decret abgenommen worden.

Als hernach zu Anfange des Jahrs 1799 ein Churſächsischer Landtag nach Dresden ausgeschrieben worden; haben die sämmtlichen Rittergutsbesitzer des Weißenfelsischen Kreisamts-Bezirkes den Herrn von Eberstein, nebst einem Herrn von Raschau, zu ihren Landtags-Deputirten einstimmig erwählt und bevollmächtiget.

Ist

Ist hierauf besagter Herr von Eberstein, nebst seinem Mitdeputirten, dem Herrn von Raschau, nach Dresden abgereiset, und hat sich nach seiner Ankunft daselbst, am 4ten Januar 1799, gewöhnlichermaßen in dem Hofmarschallen-Amte gemeldet, sich dabey durch Vorzeigung der erhaltenen Vollmacht, als Deputirter legitimirt, und ist in dieser Eigenschaft eingeschrieben worden.

Zugleich hat er sich dem Churfürstlichen Herrn geheimen Rath und Erbmarschall, Grafen von Löser, als Landtags-Deputirten präsentiren wollen, ist aber weder bey dem ersten, noch bey dem wiederholten zweyten Besuche, wegen Verhinderung und nachheriger Abwesenheit des Herrn Grafen, angenommen worden.

Da nun am 6ten Januar 1799 die gewöhnliche Landtagspredigt gehalten worden; so hat der Herr von Eberstein derselben nicht nur mit den übrigen gegenwärtigen Landständen beygewohnt, sondern auch, nach Endigung des Gottesdienstes, mit denselben an den Churfürstlichen Hof sich begeben, und zwar zuerst in den Audienzsaal, sodann in die Churfürstlichen Vorzimmer, woselbst der Herr Erbmarschall Graf von Löser gleichfalls zugegen gewesen, weswegen der Herr von Eberstein seinen Mitdeputirten, den Herrn von Raschau, ersucht hat, ihn dem Herrn Erbmarschall vorzustellen.

Als nun beyde in dieser Absicht auf den Herrn Grafen von Löser zugiengen; so hat dieser dem Herrn von Eberstein den Rücken gekehrt, und dagegen mit dem

dem Herrn von Raschau gesprochen, welcher bald darauf wieder zu dem Herrn von Eberstein zurückgekommen ist, und demselben, daß er zum Landtage nicht zugelassen werden könne, gemeldet, davon jedoch auf Befragen, einige Ursache anzugeben, nicht gewußt, sondern dem Herrn von Eberstein den Rath gegeben hat, sich desfalls schriftlich an den Herrn Erbmarschall zu wenden.

Hat hierauf der Herr von Eberstein an den Herrn Grafen von Löser ein Schreiben erlassen, und denselben um Erlaubniß, ihm persönlich aufzuwarten, und über diese Angelegenheit mündlich sprechen zu dürfen, ersucht, aber erst am dritten Tage darnach durch den Herrn von Raschau die Nachricht erhalten, daß ihm der Herr Graf von Löser weder schriftliche noch mündliche Antwort ertheilen würde.

Ist sodann der Herr von Eberstein von Dresden unverrichteter Sache wieder abgereiset, und hat sich zuerst auf sein Rittergut Zerbitz, von da aber nach Erfurt, wo er sich nach einem von dem dasigen Magistrate beygebrachten Zeugnisse, schon mehrmals zur Winterszeit aufgehalten hatte, begeben.

Von hieraus nun hat derselbe unterm 26. Januar 1799 abermals ein Schreiben an den Herrn Grafen von Löser abgehen lassen, worin er diesem zuförderst die erlittene beleidigende Behandlung vorgestellt, und sodann folgendermaßen sich geäußert hat:

„Da nun meine Geburt und Stand, dergleichen Beleidigung zu ertragen, verbieten, und Sie, selbst

selbst Cavalier, würden mich verabscheuen, wenn ich diese Beleidigung auf mir sitzen ließe; so erkläre ich hierdurch, daß ich von Euer Excellenz für diese mir zugefügte Beleidigung, eine, meiner Ehre, Geburt und Stande angemessene Satisfaction und Genugthuung verlange. Ich hoffe nicht, daß Sie mein Anverlangen, damit ich mich nicht in eine unangenehme Nothwendigkeit versetzt sehe, abschlagen werden. Ich erbitte mir Dero Entschließung und Antwort binnen hier und vier Wochen nach Erfurt aus, welche ich bis dahin erwarten werde".

Ist jedoch der Inhalt dieses Schreibens in Dresden als eine Ausforderung des Grafen von Löser zum Zweykampfe angesehen, und daher von den, bey dem Landtage versammleten Ständen von Ritterschaft und Städten, der Churfürstlichen Regierung angezeigt worden, daß der Herr von Eberstein, wegen der von dem Herrn geheimen Rathe und Erbmarschall Grafen von Löser demselben, weil er in Untersuchung befangen gewesen, und ihm Zuchthaus-Strafe zuerkannt worden, versagten Zulassung zu den Landtags-Sitzungen, von besagtem Herrn Grafen von Löser Genugthuung zu verlangen, sich habe beygehen lassen.

Hat hierauf die Churfürstlich Sächsische Regierung, weil in den, durch mehrgedachtes Schreiben geschehenen Aeußerungen eine mit Drohungen verbundene Provocation des Herrn Grafen von Löser nicht zu verkennen sey, und überhaupt das Beginnen des Herrn von Eberstein, da der Erbmarschall ihm

die

die Weisung, daß er zu den Landtags-Sessionen nicht zugelassen werden könne, Amtshalber ertheilen lassen, um so mehrere Ahndung verdiene, dem Churfürstlichen Kreisamte zu Tennstedt unterm 19. Februar 1799 aufgetragen, die Befehlshaber zu Erfurt, wegen Versicherung der Person des von Eberstein, schleunigst zu requiriren, und auf dessen Auslieferung anzutragen, nach dessen Erfolg aber denselben, wenn er sich zu dem Inhalte des besagten Schreibens und seiner darunter befindlichen Namens-Unterschrift bekennen würde, über die darin enthaltenen Drohungen und Aeußerungen gehörig zu vernehmen, auch immittelst in leidlichem, jedoch sicherm Gewahrsam beyzubehalten, und von dem Erfolge Bericht zu erstatten.

Auf die hiernach geschehene Requisition des Kreisamtes zu Tennstedt ist nun der Herr von Eberstein am 5. März 1799 Nachmittags in seiner Miethwohnung zu Erfurt durch einen dortigen Regierungs-Assessor, welcher sich nebst einem Actuarius, einem Pedellen, einem Unterofficier und vier gemeinen Husaren, unter dem Zusammenlaufe einer großen Volksmenge bey ihm eingefunden, arretiret, darauf des andern Tages früh um 5 Uhr auf das Erfurter Rathhaus, und daselbst in eine Gefangenstube mit Beygebung einer Wache, innerhalb und außerhalb derselben, gebracht, sodann am 8ten desselben Monats nach Tennstedt ausgeliefert, und dahin durch einen Actuarius, einen Sergeanten und einen Corporal abgeholt worden.

Bey der durch das Kreisamt zu Tennstedt vorschriftsmäßig geschehenen Vernehmung des Herrn

von

von Eberstein, hat nun derselbe mehrmals versichert, daß er in seinem, an den Herrn Grafen von Löser am 26. Januar 1799 erlassenen Schreiben keine andere, als eine in Rechten erlaubte Genugthuung bezielet habe, und ist, auf den hierauf an Churfürstliche Regierung erstatteten Bericht, weiter verordnet worden, daß der Herr von Eberstein zuförderst mit einer Vertheidigungsschrift zu hören, und sodann in der Sache ein rechtliches Erkenntniß einzuholen, einstweilen aber der Herr von Eberstein, gegen Leistung eines gesetzlich vorgeschriebenen Handgelöbnisses, und unter der ernstlichen Bedeutung, sich in jeder Hinsicht ruhig zu verhalten, und sich von seinen Gütern ohne besondere Erlaubniß nicht zu entfernen, des Arrestes zu entlassen sey, welches sodann auch am 4ten April 1799 geschehen ist.

Hat endlich der Herr von Eberstein in der übergebenen Vertheidigungsschrift noch weiter zur Entkräftung der ihm angeschuldigten Provocation, die besondern Umstände angeführt, daß bey seinem bereits 65 jährigen Alter, und bey dem Besitze zweyer Rittergüter in Churſachsen, wovon er allein seinen Unterhalt ziehen könne, es ihm gar nicht habe einfallen können, irgend Jemanden, geschweige einen würklichen Churfürstlichen geheimen Rath, zum Zweykampfe herauszufordern, da er den Erfolg nothwendig habe vorher sehen müssen, und ihm, bey der Strenge der Churſächsischen Duellgesetze, nichts würde übrig geblieben seyn, als in seinem hohen Alter darbend und hülflos in der Fremde umher zu irren.

Wannenhero anjetzt folgende Fragen erwachsen:

Erste Frage.

Ob überhaupt der Herr Graf von Löser, als Erbmarschall, für sich selbst, oder nach vorgängigem Schlusse der Landstände, berechtiget gewesen sey, den Herrn von Eberstein von den Landtags-Sitzungen zurückzuweisen, und gänzlich auszuschließen?

Ob nun gleich 1) einem Erbmarschall im Allgemeinen dieselben Befugnisse zugeschrieben werden, welche von einem Präsidenten und Director eines Collegii ausgeübet zu werden pflegen a), hierunter aber das Recht, solche Personen, welche zu den Mitgliedern eines Collegii nicht gehören, oder sich dazu aus Mangel der gesetzlichen Erfordernisse nicht legitimiren können, von dem Eintritte in dasselbe zurückzuweisen, billig zu rechnen ist;

Insonderheit 2) nach der Churſächsischen Landtagsverfassung die ankommenden Deputirten nicht nur bey dem Hofmarschallen-Amte, sondern auch bey dem Erbmarschalle sich alsbald zu melden, verbunden sind b), woraus nicht ohne einigen Anschein geschlossen werden möchte, daß diese Anmeldung hauptsächlich deswegen geschehen müsse, damit die Zulässigkeit

a) Moser, von der Reichsstände Landen ꝛc. S. 740.

b) Historischer Bericht von den Churſächsischen Land- und Ausschußtagen; in F. C. Mosers historischen Belustigungen, S. 231.

keit der angekommenen Deputirten von dem Erbmarschalle beurtheilt werden könne, folglich dafür gehalten werden dürfte, daß der Herr Graf von Löser als Erbmarschall, auch für sich selbst wohl befugt gewesen sey, den Herrn von Eberstein aus erheblichen rechtlichen Gründen von den Landtags-Sitzungen zurückzuweisen.

Dieses auch 3) durch das Churfürstliche Regierungsrescript an das Kreisamt zu Tennstedt vom 19. Februar 1799 bestätiget zu werden scheint, indem daselbst ausdrücklich gesagt ist, daß der Herr Graf von Löser, als Erbmarschall, dem Herrn von Eberstein die Zulassung zu den Landtags-Sitzungen versagt habe, und die Weisung, daß er zu denselben nicht zugelassen werden könne, Amtshalber habe ertheilen lassen;

Hingegen 4) der Herr von Eberstein nicht einmal zugeben will, daß der Erbmarschall, nach einem vorgängigen Schlusse der Landstände, ihn von den Landtags-Sitzungen zurückzuweisen, berechtiget gewesen sey, weil ein Landstand nicht anders, als durch Urtheil und Recht seines Sitz- und Stimmrechtes auf Landtagen verlustig erklärt werden könne.

Dennoch aber, und dieweil 1) die Befugnisse eines Erbmarschalls keinesweges in ihrem ganzen Umfange, sondern allenfalls nur in Ansehung der gewöhnlichsten Verrichtungen, mit den Amtsobliegenheiten eines Präsidenten und Directors eines Collegii gleichgestellt werden können, wie aus einer genauern Erwägung der verschiedenen Verhältnisse sich

von

von selbst ergiebt, daher auch die Mitglieder einer Landesversammlung, oder einer einzelnen Landtags-Curie, nicht in einer gewissen Subordination und unter einer bestimmten Aufsicht des Erbmarschalls stehen, wie die Glieder eines Collegi in Beziehung auf ihren Präsidenten und Director in dem Falle seyn können; hierauf aber allein das Recht eines solchen Staatsbeamten, gewisse Personen von dem Zutritte in das ihm untergeordnete Collegium abzuweisen, begründet werden kann, welches jedoch in der Regel nirgends so weit geht, daß ein Präsident oder Director einem bereits zu dem Zutritte in das Collegium berechtigten Mitgliede denselben einseitig und eigenmächtig versagen kann, mithin die in den Zweifelsgründen angeführte Analogie auf den gegenwärtigen Fall nicht anwendbar ist;

Eben so wenig 2) aus der herkömmlichen Meldung der Landtags-Deputirten eine Befugniß des Erbmarschalls, die Qualification derselben zu beurtheilen, und nach Befinden sie von den Landtags-Sitzungen einseitig zurückzuweisen, gefolgert werden kann, indem es zwar der Ordnung ganz gemäß ist, daß der Erbmarschall, in Ansehung der ihm bey einem Landtage obliegenden Amtsverrichtungen, die anwesenden Deputirten zuförderst kennen lerne, daraus aber keinesweges folget, daß er zu einer einseitigen Untersuchung und Beurtheilung, ob dieselben die erforderlichen gesetzlichen Eigenschaften haben oder nicht, befugt sey;

Daher auch 3) die in dem Churfürstlichen Regierungs Rescripte vom 19. Februar 1799 enthal-

tene Aeußerung nicht so verstanden werden kann, daß der Erbmarschall, vermöge seines Amts, für sich selbst den Herrn von Eberstein von den Landtags-Sitzungen habe zurückweisen können, sondern nur, daß er die deßfalsige, nicht von ihm allein herrührende Weisung dem Herrn von Eberstein Amtshalber habe ertheilen lassen;

Solchemnach 4), und da besondere gesetzliche Vorschriften hierüber nicht bekannt sind, lediglich nach der Natur der erbmarschallamtlichen Rechte nicht anders geurtheilt werden kann, als daß dem Herrn Grafen von Löser, als Erbmarschall, die Befugniß, für sich selbst den Herrn von Eberstein von den Landtags-Sitzungen auszuschließen, nicht zugestanden habe, indem zwar nach Maßgabe der Verfassung eines jeden Landes, dem Erbmarschall eine gewisse Geschäftsleitung bey den Landtagen überhaupt, und in der Curie, zu welcher er gehöret, insbesondere, gebührt, daraus aber der Natur der Sache nach kein Recht, die Qualification der Mitglieder des Landtages einseitig zu beurtheilen, herfließet;

Vielmehr 5) entweder die Landesversammlung selbst, oder diejenige Curie, deren Mitglied ein Landstand oder Landtags-Deputirter ist, zu untersuchen und zu beurtheilen hat, ob und in wie fern die anwesenden Personen die erforderlichen gesetzlichen Eigenschaften haben, um zu den Landtags-Sitzungen zugelassen zu werden c), wo sodann die erforderliche Wei-

c) Moser, von der Teutschen Reichsstände Landen, S. 1502.

Weisung durch den Erbmarschall in Gemäßheit seines Amtes am schicklichsten ertheilt wird,

Immaßen 6) hiezu nicht erforderlich ist, daß derjenige, welchen die Landstände zu ihren Sitzungen nicht zulassen zu können vermeynen, vorher seines Sitz- und Stimmrechtes durch Urtheil und Recht verlustig erklärt worden sey, sondern den versammelten Landständen allerdings die Befugniß zustehet, die Eigenschaften eines Jeden, der bey dem Landtage in Person erscheinen will, nach den vorhandenen Gesetzen zu prüfen, und darnach in Ansehung seiner Zulassung ihren Entschluß zu fassen, und solchen demjenigen, dem es angehet, bekannt zu machen, wie denn die Geschichte der Churſächsischen Landtage ein solches Beyspiel vom Jahre 1681 aufbewahret hat, wo einige Landsassen, weil sie sich nicht gehörig zum Adel hatten legitimiren können, aus der Landstube herausgeführt worden sind d);

Dabey übrigens 7) sich von selbst verstehet, daß wenn derjenige, welcher aus einer oder der andern Ursache von den Landtags-Sitzungen ausgeschlossen worden ist, dadurch widerrechtlich behandelt zu seyn vermeynet, demselben der Weg Rechtens allemal freysteht, und alsdann erst durch Urtheil und Recht zu entscheiden ist, ob die intendirte Ausschliessung von den Landtags-Sitzungen den Gesetzen gemäß sey, und demnach der darüber Beschwerde führende Landstand der Ausübung seines Sitz- und

d) Moser, a. a. O. S. 1407.

Stimmrechtes auf dem Landtage, in dem vorliegenden besondern Falle; oder überhaupt verlustig erklärt werden könne;

Hiernächst 8) aus dem mehrgedachten Churfürstlichen Regierungs-Rescripte vom 19. Februar 1799 nicht undeutlich hervorgehet, daß der Herr Graf von Löser als Erbmarschall, in Folge eines Auftrages der Landstände von der Ritterschaft, dem Herrn von Eberstein die Weisung, daß er zu den Landtags-Sitzungen nicht zugelassen werden könne, habe ertheilen lassen, indem die Landstände selbst wegen des von dem Herrn von Eberstein an besagten Herrn Grafen von Löser erlassenen Schreibens, an die Churfürstliche Regierung sich gewendet haben, auch von dieser hierauf ausdrücklich erklärt worden ist: daß der Herr Graf von Löser, als Erbmarschall, Amtshalber gehandelt habe; nicht zu gedenken, daß in der uns mitgetheilten, in Nr. 107. des Reichsanzeigers vom Jahre 1799 befindlichen, sogenannten Gegenrechtfertigung bestimmt angegeben ist, daß der Herr von Eberstein durch den Herrn Erbmarschall, dem Schlusse der Ritterschaft gemäß, beschieden worden sey;

Endlich 9) die dem Herrn von Eberstein geschehene Erklärung dem gewöhnlichen Geschäftsgange bey Landtagen gemäß ist, daraus aber eine gänzliche Ausschließung von den Landtags-Sitzungen, insofern der Herr von Eberstein sich dabey nicht beruhigen will, keinesweges folgt, sondern darüber durch Urtheil und Recht entschieden werden kann, folglich in Ansehung der vorliegenden Frage nur die

Thatsache der Zurückweisung, nicht aber die auf einer weitern Erörterung beruhende gänzliche Ausschließung in Betrachtung kömmt;

So halten wir dafür:

Daß der Herr Graf von Löser, als Erbmarschall, zwar nicht für sich selbst, wohl aber nach vorgängigem Schlusse der Landstände, den Herrn von Eberstein von den Landtags-Sitzungen zurückzuweisen berechtiget gewesen sey.

Zweyte Frage.

Ob der Herr von Eberstein aus der gegen ihn angeführten Ursache, weil er in Untersuchung befangen gewesen, und ihm Zuchthaus-Strafe zuerkannt worden, von den Landtags-Sitzungen mit Recht habe zurückgewiesen werden können?

Ob nun wohl 1) in Ansehung der Churſächsischen Land- und Ausschußtage deutlich versehen ist, daß zu den Sessionen diejenigen, welche in causis famosis durch eingeholte Urtheil und Recht überführet oder condemniret worden e), nicht zugelassen werden, folglich kein Zweifel seyn kann, daß wenn die causa famosa, oder eine solche Sache, wobey ein rechtskräftiges condemnatorisches Erkenntniß dem schuldig befundenen Theile den Verlust seiner Ehre zuzieht, in welcher Einer, der zu den Landtags-Sitzungen gelassen werden will, befangen gewesen, so wie dessen Ueberführung

e) Churſächsische Landtagsordnung, §. 38.

rung und Verurtheilung klar ist, den Landständen die Befugniß zustehet, denselben von ihren Sitzungen zurückzuweisen;

Und dann 2) unter den Thathandlungen, weßwegen der Herr von Eberstein vormals in Untersuchung gerathen ist, wenigstens der uns allein näher bekannt gewordene, in obiger Geschichtserzählung angeführte Vorgang mit einem gewissen Meyer, man mag ihn als eine mit Waffen geschehene öffentliche, gefährliche Bedrohung, mithin als eine öffentliche Gewaltthätigkeit f), oder auch bloß als eine Injurie betrachten, so beschaffen ist, daß die dadurch veranlaßte Rechtssache nach Römischen Gesetzen nicht anders, als für eine causa famosa gehalten werden mag g);

Auch 3), daß der Herr von Eberstein in dieser Sache würklich schuldig befunden und condemniret worden ist, wenn gleich das gegen ihm erkannte Urtheil in Ansehung der Art der Strafe nicht zur Vollstreckung gekommen, ausser allem Zweifel beruhet, mithin, daß schon allein hiernach die Vorschrift der Churſächsischen Landtags-Ordnung §. 38. ihre vollkommene Anwendung finde, es das Ansehen gewinnet;

Ueber-

f) Carpzov, Pr. crim. qu. 90. n. 66. seq. Hommel, Rhapsod. vol. 2. obs. 412.

g) L. 7. D. de publ. iud. L. 1. D. de his, qui not. infam.

Ueberdieß 4) die dem Herrn von Eberstein durch das eingeholte Urtheil zuerkannte Zuchthaus-Strafe von einigen für entehrend gehalten wird h), folglich auch um deßwillen dafür gehalten werden möchte, daß der Churſächsischen Ritterschaft billig nicht habe zugemuthet werden können, den Herrn von Eberstein in allgemeiner Landesversammlung neben sich sitzen zu lassen;

Nicht zu gedenken 5) daß demselben sogar nach dem Festungsarreste das gehabte Herzoglich-Sachsen-Meinungische Geheimeraths-Decret abgenommen, demnach das gegen ihn ergangene Erkenntniß auch auswärts auf eine seiner Ehre ungünstige Weise beurtheilt worden ist;

Dieweil aber dennoch 1) die Frage, in wie fern eine gesetzwidrige That die Ehrlosigkeit nach sich ziehe, nicht nach Römischen, sondern nach Teutschen Gesetzen zu entscheiden ist, indem eines Theils bey dem ganz veränderten Proceßgange die sogenannten actiones famosae, welche bey den Römern weit größern Schwierigkeiten unterworfen gewesen, als sie es nach dem teutschen Gerichtsgebrauche sind, aus einem verschiedenern und mildern Gesichtspuncte billig betrachtet werden müssen; andern Theils Vergehungen und Verbrechen in den teutschen Gerichtshöfen nicht sowohl nach römischen, als vielmehr nach einheimischen Gesetzen beurtheilt werden, folglich

h) Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts, Thl. 1. §. 78.

lich die Begriffe von Infamie aus jenen in diese um so weniger übergetragen werden dürfen, als nicht nur die Grundsätze von Bestrafung der Verbrechen, insonderheit in Ansehung dessen, was von richterlichen Amtswegen geschiehet, ganz verschieden sind, sondern auch die in den römischen Gesetzen so häufig angedrohete Ehrlosigkeit dem Geiste und Zwecke der teutschen Gesetzgebung nicht entspricht, daher auch in dieser Hinsicht die römischen Gesetze in Teutschland nicht geradezu angenommen worden, und niemals völlig in Uebung gekommen sind; solchemnach die Ehrlosigkeit nur alsdann als Folge einer gesetzwidrigen That anzunehmen ist, wenn sie nach allgemeinen oder besondern teutschen Rechten ausdrücklich darauf gesetzt, und durch Urtheil und Recht, entweder durch namentliche Entziehung der Ehree, oder durch eine dahin abzweckende entehrende Strafe i), zuerkannt worden ist k);

Hiernach aber 2) die von dem Herrn von Eberstein verübte Thathandlung unter die infamirenden keinesweges gezählet werden kann, indem eine solche Gewaltthätigkeit oder Injurie nicht in die Classe von Verbrechen, welche nach teutschen Rechten

i) Meister, Pr. iur. crim. §. 67.

k) Schilter, Exercit. ad Pand. Lib. 10. §. 35. 36. Hommel, Rhapsod. Vol. 1. obs. 210. reg. 7. Kind, quaest. for. c. 81. pag. 518. Selchow, sel. cap. de infamia, §. 6. Runde, teutsches Privatrecht, §. 307. Kleinschrod, Grundbegriffe des peinl. Rechts, Thl. 3. §. 88.

ten die Infamie von selbst mit sich führen, gehöret, wie sie denn auch unter denjenigen Handlungen, deren Urheber nach allgemeinen teutschen oder besondern Churſächsischen Rechten für ehrlos zu halten sind, nirgends aufgezeichnet ist l);

Mithin 3), da die in Frage stehende Handlung an sich nicht infamirend ist, auch die dadurch veranlaßte Untersuchung für eine causa famosa nicht geachtet, folglich auch nicht behauptet werden kann, daß der Herr von Eberstein durch das gegen ihn ergangene Urtheil in einer causa famosa überführt oder condemnirt worden sey;

Eben so wenig 4) dieses daraus, daß der Herr von Eberstein in eine Strafe verurtheilt worden ist, mit Grunde gefolgert werden mag, indem nicht die Strafe, sie sey denn ausdrücklich auf Entziehung der Ehre gerichtet, sondern die Handlung selbst entehret, wie solches aus der Natur der Sache von selbst fließt, auch wenn es nicht durch die Gesetze deutlich anerkannt wäre m);

Imgleichen 5) die dem Herrn von Eberstein zuerkannte Zuchthaus-Strafe billig für entehrend nicht zu halten ist n);

l) Selchow, Elem. iur. Germ. §. 88. Runde, teutsches Privatrecht §. 305. Schott, Inst. iur. Sax. Elect. Lib. 1. Sect. 2. cap. 4. §. 2.

m) L. 22. D. de his, qui not. infam.

n) Runde, teutsches Privatrecht, §. 305. Kleinschrod, Grundbegriffe des peinl. Rechts, Thl. 3. §. 89.

Wozu 6) noch kommt, daß diese Strafe nicht einmal vollstreckt, sondern von Sr. Churfürstlichen Durchlaucht in Festungsarrest, welcher überall nicht für schimpflich geachtet wird o), verwandelt worden ist;

Woraus 7) mit Recht geschlossen werden kann, daß es die Landesherrliche Absicht gewesen, den Herrn von Eberstein selbst mit dem Nachtheile, welchen etwa die, wenn gleich irrige Meynung, daß die Zuchthaus-Strafe entehrend sey, für seinen guten Namen hätte haben können, zu verschonen, wie denn auch demselben das Churfürstliche Hauptmannspatent nach wie vor belassen worden ist;

Bey welchen Umständen 8) die Zurücknahme des Herzoglich-Sachsen-Meinungischen Geheimeraths-Decrets, als ein Beweis der Ehrlosigkeit gegen den Herrn von Eberstein um so weniger angeführet werden kann, als er dasselbe sogleich gutwillig zurückgegeben hat, und dadurch zwar sein äußerer Rang verändert, hingegen seine bürgerliche Ehre im rechtlichen Sinne nicht hat verletzt werden können;

So ist in Ansehung dieser zweyten Frage billig dafür zu halten:

Daß der Herr von Eberstein aus der gegen ihn angeführten Ursache, weil er in Untersuchung befangen gewesen und ihm Zuchthaus-Strafe zuerkannt

o) Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts, §. 78.

kannt worden, von den Landtags-Sitzungen mit Recht nicht habe zurückgewiesen werden können.

Dritte Frage.

Ob nicht dem Herrn Grafen von Löser, selbst wenn er den Herrn von Eberstein von den Landtags-Sitzungen zurückzuweisen berechtiget gewesen wäre, dennoch obgelegen hätte, solches dem Herrn von Eberstein auf eine schickliche Art und Weise zu eröfnen, und ob nicht dessen ganzes Benehmen gegen den Herrn von Eberstein unschicklich und höchst beleidigend gewesen sey?

Wenn nun schon 1) bey der Ausführung eines für einen Dritten unangenehmen Geschäftes, die dabey zu beobachtende Schonung und Milde gewöhnlicher Weise mehr von dem guten Willen, als von Vorschriften des strengen Rechts abhängt;

Ueberdieß 2) dem Herrn Grafen von Löser, welcher als Erbmarschalt in dem unangenehmen Falle war, dem Herrn von Eberstein dessen Ausschließung von den Landtags-Sitzungen ankündigen zu müssen, billig nicht hat zugemuthet werden können, sich über diese verdrießliche Sache in weitläuftige schriftliche oder mündliche Contestation einzulassen;

Auch ohnehin 3) die Verweigerung des Zutrittes, oder einer Correspondenz an und für sich als eine ehrenkränkende Beleidigung nicht angesehen werden kann p);

Viel-

p) Weber, von Injurien, S. 112.

Vielmehr 4) in dem gegenwärtigen Falle sehr wahrscheinlich ist, daß der Herr Graf von Löser dem Herrn von Eberstein die Weisung, daß er zu den Landtags-Sitzungen nicht zugelassen werden könne, aus wahrer Schonung, durch seinen Mitdeputirten, den Herrn von Raschau, habe ertheilen lassen;

Weil jedoch 1) der Herr von Eberstein billig hat erwarten können, daß die gegen ihn beschlossene Zurückweisung von den Landtags-Sitzungen, auf eine, so wenig als möglich, auffallende Weise, und dergestalt, daß die damit verbundene Ehrenkränkung nicht ohne Noth durch öffentliches Aufsehen erhöhet werde, geschehe; wie denn die Gesetze selbst den Obrigkeiten es zur Pflicht machen, in jedem Falle den guten Namen der Partheyen möglichst zu schonen q);

Und dann 2) aus den uns vorgelegten Umständen sich soviel ergiebt, daß, nach dem daraus ersichtlichen Zusammenhange der Sache, der Herr von Eberstein durch eine frühere Privatweisung mit dem ihm bevorstehenden Schicksale hätte bekannt gemacht werden können, in welchem Falle, wenn er dem ungeachtet mit den übrigen Landständen öffentlich aufgetreten wäre, er sich dasjenige, was ihm in den Churfürstlichen Vorzimmern begegnet ist, selbst zuzuschreiben gehabt hätte.

Dagegen 3) der Herr von Eberstein, da er ohne vorgängige Warnung mit den übrigen anwesenden Land-

q) L. 22. D. de iniur.

Landständen der Landtags-Predigt beygewohnt, sodann an den Churfürstlichen Hof in den Audienzsaal und in die Churfürstlichen Vorzimmer sich begeben, daselbst der Herr Erbmarschall ihm öffentlich den Rücken zugewendet, und bald darauf durch den Herrn von Raschau die Zurückweisung von den Landtags-Sitzungen angekündiget hat, über eine öffentliche schimpfliche Behandlung, deren Nothwendigkeit aus dem bloßen Zwecke der Ausschließung von den Landtags-Sitzungen nicht hervorgehet, sich zu beschweren, Veranlassung erhalten hat;

Zumal da ihm 4) die Anzeige der Ursache dieser Behandlung, welche er hat mit Recht verlangen können, nicht nur gleich anfangs, sondern auch nachher beharrlich, verweigert, und dagegen, daß der Herr Erbmarschall ihm weder schriftlich noch mündlich Antwort ertheilen würde, zu erkennen gegeben worden ist;

So sind wir bey dieser dritten Frage der Meynung:

daß der Herr von Eberstein das Benehmen des Herrn Erbmarschalls, Grafen von Löser, gegen ihn für beleidigend zu halten, erhebliche Ursachen gehabt habe.

Vierte Frage.

Ob das von dem Herrn von Eberstein am 26. Januar 1799 an den Herrn Grafen von Löser erlassene Schreiben, eine ganz unbezweifelte Heraus-

fors

forderung zu einem wirklichen Duelle enthalte, dergestallt, daß es, seines deßfallsigen Widerspruchs und der gegebenen nähern Erläuterung und Gegenversicherung ungeachtet, des mindesten weitern Beweises gar nicht, auch nicht einmal eines etwaigen Reinigungseides bedürfe, sondern vielmehr dieses Schreiben allein hinreichend sey, den Herrn von Eberstein für völlig überwiesen zu achten, und ihn in die, nach dem Churſächsischen Duellmandate, darauf gesetzte Strafe, nebst Bezahlung aller in dieser Sache aufgelaufenen Unkosten, zu verurtheilen?

Ob nun gleich 1) die in dem befragten Schreiben von dem Herrn von Eberstein gebrauchten Ausdrücke: „daß ihm seine Geburt und Stand die zugefügte Beleidigung zu ertragen verbieten, daß der Herr Graf von Löser selbst, als Cavalier, ihn verabscheuen würde, wenn er diese Beleidigung auf sich sitzen ließe; daß er daher von demselben eine, seiner Ehre, Geburt und Stande, angemessene Satisfaction und Genugthuung verlange, und nicht hoffe daß sein Anverlangen, damit er nicht in eine unangenehme Nothwendigkeit sich versetzt sehe, werde abgeschlagen werden, weßwegen er die Antwort innerhalb vier Wochen erwarte" eine mit Drohungen verbundene Herausforderung des Herrn Grafen von Löser zu einem Zweykampfe nicht undeutlich anzuzeigen scheinen;

Und solches 2) noch dadurch bestärkt zu werden scheint, daß der Herr von Eberstein sich außer Landes

Landes begeben, und daselbst die Antwort des Herrn Grafen von Löser zu erwarten, erklärt hatte;

D. a. u. d. 1) die in gedachtem Schreiben enthaltenen Aeusserungen nicht schlechterdings und ganz offenbar eine Herausforderung zum Zweykampfe andeuten, sondern nach dem Sinne und der gewöhnlichen Bedeutung der gebrauchten Ausdrücke eben sowohl dergestallt verstanden werden können, daß der Herr von Eberstein eine in Rechten erlaubte Genugthuung verlange, indem eines mit tödtlichen Waffen zu veranstaltenden Zweykampfs überall nicht gedacht ist, und die Erklärung, daß dem Herrn von Eberstein seine Geburt und Stand, die erlittene Beleidigung zu ertragen und auf sich sitzen zu lassen, verbieten, nicht nothwendig auf ein Duell abzielet, da es der Stand, zu welchem der Herr von Eberstein gehöret, zumal nach den heutiges Tages geläuterten und aufgeklärteren Grundsätzen von Ehre und Unehre, nicht schlechterdings mit sich bringt, einen erlittenen Schimpf mit bewafneter Selbstrache von sich abzuwischen, sondern dazu eine genugthuende freywillige Erklärung des vermeyntlichen oder wirklichen Beleidigers, und in deren Entstehung eine im Wege Rechtens bewirkte Satisfaction vollkommen hinreicht, mithin der Herr von Eberstein bey seinem an den Herrn Grafen von Löser gemachten Verlangen, und der damit verbundenen Aeußerung, damit er sich nicht in eine unangenehme Nothwendigkeit versetzt sehe, darauf wenigstens eben so gut, als auf einen gesetzwidrigen Zweykampf, sein Absehen gerichtet haben kann;

Hiers

Hierbey aber 2) demselben die gesetzliche Vermuthung, daß er nichts anders, als was in Rechten wirklich erlaubt ist, gewollt habe, billig zu Statten kömmt, indem die bekannte auf der natürlichen Billigkeit, so wie auf ausdrücklichen Gesetzen r) beruhende Rechtsregel, quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium, und die gesetzliche Vorschrift, wornach im Zweifel eine günstige Erklärung allezeit vorzuziehen ist, ut ea facta, quae dubium est, quo animo fiant, in meliorem partem interpretemur s), auch in dem vorliegenden Falle nicht außer Acht gelassen werden darf;

Auch 3) der Herr von Eberstein bey der keineswegs deutlich erklärten Absicht einer Herausforderung nach dem Grundsatze, quod quilibet sit optimus verborum suorum interpres, mit der gegebenen näheren Erläuterung und Gegenversicherung billig zu hören ist, nam regula: quilibet est optimus verborum suorum interpres, verissima est, quando significatio vocis ita anceps est, ut aequali verisimilitudine in utramque partem trahi possit. Tunc utique credi debet ei, qui se meliorem in animo habuisse dicit t).

Daher 4) die von dem Herrn von Eberstein abgegebene Versicherung, daß sein Satisfactionsgesuch an

r) L. 51. D. pro socio.

s) C. 2. X. de reg. iur.

t) Leyser, Med. ad Pand. Vol. 8. spec. 550. med. 89.

an den Herrn Grafen von Löser keine andere Absicht, als von demselben schriftlich, mündlich, oder durch einen Dritten eine genugthuende Erklärung zu erlangen, gehabt, und die angehängte Aeußerung, damit er sich nicht in eine unangenehme Nothwendigkeit versetzt sehe, lediglich die Anstellung einer Injurienklage bezielet habe, um so mehr rechtliche Rücksicht verdienet,

als 5) der Verdacht einer beabsichteten Herausforderung auch durch die in der Vertheidigungsschrift des Herrn von Eberstein angeführten Umstände, daß ihm in seiner Lage, als einem 65 jährigen Manne, der nothwendig habe vorhersehen müssen, daß der Herr Graf von Löser sich zu einem Zweykampfe nicht stellen, vielmehr der gesetzlichen Vorschrift nach, die Sache denunciren, sonach gegen ihn nach Vorschrift des Duellmandats verfahren werden würde, wo ihm sodann vielleicht nichts übrig geblieben wäre, als landflüchtig zu werden, sein Eigenthum in Churſachsen, wovon er allein seinen Unterhalt beziehe, zu verlassen, und in seinem hohen Alter im Elende zu darben, eine Herausforderung zum Zweykampfe nicht einmal habe in den Sinn kommen können, noch mehr vermindert wird;

Auch 6) der Verdachtsgrund, daß der Herr von Eberstein sich außer Landes begeben, durch das beygebrachte obrigkeitliche Zeugniß, wornach er sich schon mehrmals zur Winterzeit in Erfurt aufgehalten hat, erlediget wird;

Solchemnach 7) nicht unbillig dafür zu halten ist, daß der Herr von Eberstein selbst so starke An-

zeigen, weßwegen ihm der Reinigungseid auferlegt werden könnte, nicht gegen sich habe;

Wenigstens 8) auf jeden Fall die Sache nicht so beschaffen ist, daß derselbe allein aus dem Schreiben an den Herrn Grafen von Löser einer beabsichteten Herausforderung für überführt zu achten wäre, sondern höchstens auf Abschwörung des Reinigungseides erkannt werden dürfte;

Als gehet unsere rechtliche Meynung dahin:

daß das in Frage stehende Schreiben eine ganz unbezweifelte Herausforderung zu einem wirklichen Duelle, dergestalt, daß es des deßfallsigen Widerspruchs und der gegebenen Erläuterung und Gegenversicherung des Herrn von Eberstein ungeachtet, keines weitern Beweises, auch nicht einmal eines etwanigen Reinigungseides bedürfe, nicht enthalte, demnach gedachtes Schreiben keinesweges hinreichend sey, den Herrn von Eberstein für völlig überwiesen zu achten, und ihn in die nach dem Churſächsischen Duellmandate vorgeschriebene Strafe, nebst den Unkosten, zu verurtheilen.

Fünfte Frage.

Ob nicht der Herr von Eberstein, wegen Ermangelung hinreichenden Beweises, von der gegen ihn angebrachten Beschuldigung gänzlich zu absolviren, und dagegen der Herr Graf von Löser, als Denunciant, in die Bezahlung aller dadurch verursachten Unkosten zu verurtheilen sey?

Ob

Ob wohl nach den bey der vorigen Frage angeführten Gründen, der Herr von Eberstein ein absolutorisches Erkenntniß, wenigstens nach abgeschwornem Reinigungseide, billig erwarten kann, und demnach dafür gehalten werden möchte, daß wegen der unrichtigen Auslegung des mehrgedachten Schreibens, und wegen dessen Gebrauches zu einer ungegründet befundenen Denunciation, der Herr Graf von Löser zu dem Ersatze der dadurch verursachten Kosten zu verurtheilen wäre;

Dieweil aber dennoch 1) besagter Herr Graf, die Anzeige von dem an ihn durch den Herrn von Eberstein erlassenen Schreiben bey der Churfürstlichen Regierung nicht selbst gethan hat, sondern solches, wie aus dem Regierungsrescripte vom 19ten Febr. 1799. erhellet, durch die bey dem Landtage versammelt gewesenen Stände von Ritterschaft und Städten geschehen ist, folglich derselbe deßwegen für seine Person allein nicht in Anspruch genommen werden kann;

Ueberdieß 2) wenn auch der Herr Graf von Löser in der Sache allein gehandelt hätte, derselbe dennoch für einen ungerechten, unbefugten und boshaften Denuncianten keinesweges gehalten werden könnte, da eines Theils das besagte Schreiben nicht unerhebliche Gründe zu dem Verdachte einer beabsichteten Herausforderung zum Zweykampfe enthält, andern Theils, auf davon gemachte Anzeige, die Churfürstliche Regierung selbst dafür gehalten hat, daß sich in den durch gedachtes Schreiben geschehenen Aeußerungen eine mit Drohungen verbundene Provo-

cation nicht verkennen lasse, unter diesen Umständen aber die angebrachte, wenn gleich ungegründet befundene Denunciation eine Verurtheilung in die Kosten nicht zur Folge haben kann; u)

So halten wir dafür:

daß zwar der Herr von Eberstein von der ganzen gegen ihn angebrachten Beschuldigung zu absolviren sey, hingegen der Herr Graf von Löser in die deßwegen aufgelaufenen Unkosten keinesweges verurtheilt werden könne.

Sechste Frage.

Ob nicht dem Herrn von Eberstein durch die gegen ihn verfügte Verhaftung zu nahe geschehen sey?

Ob nun gleich 1) das dem Herrn von Eberstein angeschuldigte Attentat von der Art ist, daß deßwegen nach allgemeinen Grundsätzen die Verhaftung desselben wohl hat verfügt werden können;

Auch 2) das von ihm an den Herrn Grafen von Löser erlassene Schreiben nach der Art, wie dasselbe angesehen und verstanden worden ist, zur vorläufigen Bescheinigung einer Provocation zum Duelle und daher auch zur Begründung des Arrests v) für hinreichend hat gehalten werden mögen;

Zumal

u) Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts, Th. 2. §. 595. 815.

v) Quistorp, a. a. O. §. 642.

Zumal da 3) gesetzlich vorgeschrieben ist, einen jeden Provocanten sogleich nach geschehener Denunciation zur Haft zu bringen, w) und dieses 4) zur Sicherstellung des Herrn Grafen von Löser vermuthlich um so mehr für nothwendig geachtet ist, da man in dem oft genannten Schreiben zugleich eine Drohung mit weitern Thätlichkeiten zu finden geglaubt hat;

D. a. u. d. 1) die Absicht einer Herausforderung aus dem Schreiben des Herrn von Eberstein an den Herrn Grafen von Löser keinesweges deutlich erhellet, vielmehr das Verlangen einer gesetzmäßigen Genugthuung mit nicht geringerer Wahrscheinlichkeit daraus abgenommen werden kann, mithin die Wahrscheinlichkeit des corporis delicti nicht so beschaffen gewesen ist, um die Inhaftirung des Angeschuldigten zu begründen; x)

Solche auch 2) da der Herr von Eberstein mit Gütern in Churſachsen angesessen ist, und in dem Schreiben an den Herrn Grafen von Löser selbst seinen Aufenthaltsort angegeben hatte, durch den Verdacht einer zu besorgenden Flucht desselben nicht hat veranlaßt werden können;

Ueberdieß 3) sogar auf den Fall, wenn ein Provocant nach geschehener Ausforderung, jedoch ohne wirkliche Vollziehung des Duelles, flüchtig werden sollte,

w) Duellmandat von 1712. §. 31.
x) Quistorp, a. a. O. §. 647.

sollte, verordnet ist, daß derselbe zuvörderst, wenn sich das Factum bey der Untersuchung herfür thue, gewöhnlichermaßen citirt werden soll; y)

Endlich 4) zur Sicherstellung des Herrn Grafen von Löser andere, weniger strenge Mittel hätten vorgekehrt werden können;

So sind wir der rechtlichen Meynung:

daß dem Herrn von Eberstein durch die gegen ihn verfügte Verhaftung bewandten Umständen nach zu nahe geschehen sey.

Siebente Frage.

Ob nicht der Herr Graf von Löser wenigstens in Ansehung der von ihm widerrechtlicher Weise ausgewirkten schimpflichen Incarceration des Herrn von Eberstein in die Strafe der sogenannten Sachsenbuße verfallen, auch hiernächst alle dadurch verursachte Kosten und Schäden zu tragen und zu erstatten schuldig sey?

Obwohl die gegen den Herrn von Eberstein verfügte Verhaftung nicht völlig gerechtfertiget werden mag, auch in einem solchen Falle nach Sächsischem Rechte von demjenigen, welcher die Verhaftung veranlaßt hat, statt des Kosten- und Schadenersatzes z) die sogenannte Sachsenbuße gefordert werden kann;

D. a.

y) Duellmandat v. 1712. §. 27.
z) Wernher, Obs. T. 2. obs. 119.

D. a. u. d. der Herr Graf von Löser auf die Verhaftung des Herrn von Eberstein überall nicht angetragen hat, und nicht einmal erhellet, daß die Landstände solche verlangt haben, daher von einer Verbindlichkeit des Herrn Grafen von Löser, die entstandenen Kosten und Schäden zu tragen und zu erstatten, die Frage keinesweges seyn kann;

So halten wir dafür:

daß der Herr Graf von Löser wegen der gegen den Herrn von Eberstein durch die Churfürstliche Regierung verfügten Verhaftung nicht in Anspruch genommen werden könne.

Alles von Rechtswegen.

III.

Ueber die rechtlichen Wirkungen eines Kaufvertrages, mit angehängter Rückfalls-Bedingung.

Nachstehende Erörterung ist, wie die Geschichtserzählung zeigt, durch einen Rechtsstreit zwischen der verwitweten, indessen verstorbenen Frau Gräfin Christiana Franciska Eleonora zu Leiningen-Westerburg und der regierenden Frau Fürstin zu Leiningen veranlaßt, und beym kaiserlichen Reichshofrathe in Gestalt einer sogenannten species facti *), wie sie bey den Reichsgerichten gesetzlich erlaubt sind **), übergeben worden.

Der

*) Unter dem Titel: Kurze Uebersicht des wegen schuldiger Erfüllung eines Kaufvertrages zwischen der verwittibten Frau Gräfin Christiana Franciska Eleonora zu Leiningen-Westerburg und der regierenden Frau Fürstin Christiana Wilhelmina von Leiningen bey dem höchstpreislichen Kaiserlichen Reichshofrathe anhängigen Rechtsstreites. 1800.

**) R. A. v. 1654. §. 96. B. A. v. 1713. §. 71. v. Bostell, Beyträge Th. 3. S. 141. f. M. Grundriß der reichsgerichtl. Verf. u. Praxis. §. 140.

Der Fall scheint mir um so mehr nicht ganz uninteressant zu seyn, da bey demselben die richtige Anwendung der Gesetze durch eine unsichere Beurtheilung der zum Grunde liegenden Geschichte leicht erschwert werden kann. Die Hauptsache beruht offenbar auf der rechtlichen Natur des in Frage stehenden Geschäftes. Was aber den ganzen Umfang des von der Frau Klägerin angebrachten Gesuches betrift; so wird es dem Kenner nicht schwer fallen, den eigentlichen Werth der verschiedenen Bestandtheile desselben zu bestimmen.

I. Geschichte der Sache.

§. 1.

Die verwitwete Frau Gräfin Christiana Franciska Eleonora zu Leiningen-Westerburg besaß in der Grafschaft Leiningen vor Kirchheim an der Eck ein Lustschloß, das Kirchheimer Schloß genannt, welches im Jahre 1786 mit großen Kosten ganz neu aufgeführt, und mit einem eben so kostbaren, als geschmackvollen Ameublement versehen worden war.

Dieses Schloß war mit verschiedenen Hof- und ökonomischen Gebäuden, und mit sechs Morgen Garten-, Obst- und anderm Felde umgeben. Seine Lage in einer reizenden Gegend und seine vortreffliche Einrichtung bot die angenehmste und gemächlichste

lichste ländliche Wohnung dar, die man nur irgend wünschen konnte.

Die regierende Frau Fürstin von Leiningen, welche im Jahre 1790 ihren damaligen Aufenthalt zu verändern entschlossen war, wünschte hier sich niederlassen zu können, und bewog die bisherige Frau Besitzerin, ihr dieses Lustschloß käuflich abzutreten.

§. 2.

Am 2ten August 1790 wurde daher zwischen beyden Damen, mit Zuziehung ihrer dazu erbetenen Assistenten, ein Kaufvertrag über das vor Kirchheim an der Eck gelegene Lustschloß abgeschlossen und unterzeichnet. a)

Vermöge dieses Vertrages wurde gedachtes Lustschloß mit allen Zubehörden und dem darin befindlichen Ameublement von der Frau Gräfin von Leiningen-Westerburg an die Frau Fürstin von Leiningen förmlich verkauft und eigenthümlich abgetreten. Dagegen sollte die Frau Käuferin sogleich bey Unterzeichnung des Kaufinstruments 1500 Fl. und ein Vierteljahr nachher 4500 Fl. Kaufgeld nebst einem ihrem Gutbefinden anheimgegebenen Schlüsselgelde entrichten.

Weil aber damit der Werth des verkauften Lustschlosses noch bey weitem nicht bezahlt war (wie dann

a) Beylage 1. zur Klageschrift.

dann in dem Kaufvertrage selbst angegeben wird, daß derselbe über 18800 Fl. betrage); so wurde noch weiter festgesetzt, daß eines Theils die Frau Käuferin ein Capital von 3400 Fl. an die Frau Verkäuferin jährlich mit 170 Fl. verzinsen, andern Theils das befragte Lustschloß an letztere und ihre Erben nach der Ersteren Tode unentgeltlich wieder zurückfallen solle.

§. 3.

In dieser Hinsicht entsagte die Frau Käuferin aller Vererbungs- und Testirungs-Befugniß in Ansehung des erkauften Schlosses, und machte sich anheischig, nicht nur die gesammten Gebäude, das italiänische Dach des Schlosses jedoch ausgenommen, für dessen Unterhalt die Frau Verkäuferin stehen zu wollen sich erklärte, in dem gehörigen Stande zu erhalten, wie auch das zugleich mitüberlassene Ameublement bestens zu conserviren, und die etwa abgängigen Stücke mit anderen von gleichem Werthe und Güte zu ersetzen.

Uebrigens ward ihr, als Eigenthümerin, freygelassen, Veränderungen und Verbesserungen in dem Schlosse und Felde nach eigenem Gefallen zu veranstalten und vorzunehmen, welche jedoch bey dem dereinstigen Rückfalle unentgeltlich dabey bleiben sollten.

§. 4.

Was nach der Natur des Kaufvertrages sich ohnehin von selbst versteht, daß mit dem übertragenen

nen Eigenthume auch alle Gefahr auf die Frau Käuferin übergieng, das wurde zum Ueberflusse noch ausdrücklich bedungen: „Die hohe Frau Käuferin,“ heißt es in dem Kaufinstrumente, „stehet nach der „Natur dieses Contracts für alle Unglücksfälle, die „sich an dem Schlosse ereignen können, und nur in „dem einzigen Falle, wenn durch einen Donnerschlag „gedachtes Schloß zum Theil oder ganz ruinirt wer„den sollte, hat die hohe Frau Verkäuferin den „Schaden zu tragen.“

§. 5.

Um die Frau Käuferin gegen jeden allenfalls zu besorgenden Anspruch sicher zu stellen, verpflichtete sich die Frau Verkäuferin, zu der gegenwärtigen käuflichen Begebung statt des käuferischer Seits verlangten Consensscheines eine Declarationsurkunde von ihren gräflichen Kindern in der besten Form noch nachzubringen, als welches auch versprochener Maßen geschehen ist.

§. 6.

Endlich haben beyde contrahirende Theile zu mehrerer Festhaltung des zwischen ihnen aus freyem Willen und wohlbedächtlich abgeschlossenen Kaufhandels und des angehängten Rückfallsvertrages allen und jeden Einwendungen und Ausflüchten, Rechtswohlthaten, Freyheiten und Privilegien, insonderheit aber den Einreden der listigen Ueberredung und betrüglichen Verleitung, des Irrthums, der Furcht, die Sache sey nicht so, wie geschrieben, sondern an-

ders

ders abgehandelt worden, des verstellten Handels, der Verletzung über die Hälfte, der Wiederherstellung in den vorigen Stand, und der gemeinen Rechtsregel: daß ein allgemeiner Verzicht nicht gelte, es gehe dann ein besonderer vorher, ausdrücklich entsagt; alles bey Fürst- und Gräflichen wahren Worten, Treu und Glauben.

§. 7.

Der also abgeschlossene Kaufvertrag wurde von beyden Theilen unverweilt vollzogen, der Frau Käuferin das Schloß mit Zubehörden und dem darin befindlichen Ameublement, worüber ein vollständiges, von der Frau Fürstin von Leiningen unterzeichnetes Inventarium vertragsmäßig verfaßt wurde, b) eingeräumt, dagegen von derselben das Kaufgeld mit 6000 Fl. bezahlt, das Schloß in Besitz genommen und bewohnt, auch der jährliche Zins (§. 2.) bis zum 15ten August richtig bezahlt.

§. 8.

Im Jahre 1792 veränderte die Frau Fürstin von Leiningen abermals ihren Aufenthalt, und zog aus dem Kirchheimer Schlosse nach Heidesheim, wohin sie auch die besten Meubeln aus jenen mit sich nahm. Dabey war sie aber für ihr Eigenthum und für die Erfüllung ihrer wegen des bedungenen Rückfalls übernommenen Verbindlichkeit (§. 3.) so

wenig

b) Beylage 2. zur Klageschrift.

wenig besorgt, daß sie das Schloß und die darin zurückgebliebenen Geräthschaften ohne alle Aufsicht ließ, und mithin beydes der Willkühr eines jeden Preis gab.

Auch wurde von ihr die Bezahlung der schuldigen Zinsgelder (§. 2.) vom 15ten August 1792 an gänzlich unterlassen.

§. 9.

So gleichgültig der Frau Verkäuferin die Entfernung der Frau Fürstin von Leiningen aus dem Kirchheimer Schlosse, die Vernachlässigung aller nöthigen Vorsicht, die Verschleppung der Mobilien, und die Unterlassung alles dessen, was die vertragsmäßige Conservation des Schlosses und der Mobilien (§. 3.) erforderte, um deßwillen seyn konnte, weil bey dem eintretenden Rückfalle dennoch Schloß und Meubeln in dem gehörigen Stande versprochener Maaßen geliefert werden müßten; so wenig konnte sie sich doch bey der verzögerten Zahlung der schuldigen Zinsgelder beruhigen.

Hauptsächlich aus diesem Grunde ließ daher die Frau Gräfin im October 1793 die Frau Fürstin von Leiningen um Berichtigung des Rückstandes und künftige regelmäßigere Bezahlung durch einen Notarius ersuchen. c)

Weil

c) Beylage Z. zur Klageschrift.

Weil ihr aber um ihrer größeren Sicherheit willen doch an der Erhaltung des Schlosses und der Mobilien gelegen war; so wurde die Frau Fürstin zugleich aufgefordert, das Schloß und dessen Ameublement, in den guten Stand, in welchem sie es erhalten, wieder herzustellen, und insbesondere für die indessen von den Franzosen in die Behausung eines Einwohners zu Kirchheim geschleppten Mobilien Sorge zu tragen; widrigenfalls sie auf der Frau Fürstin Gefahr und Kosten irgendwohin in Verwahrung gebracht werden sollten.

Hierauf insbesondere ließ die Frau Fürstin durch ihren Hofcavalier erwiedern, — nicht daß die Frau Gräfin jetzt wieder für das verlassene Schloß und Ameublement zu sorgen habe, — sondern, daß der regierende Herr Graf zu Leiningen-Westerburg bey dem Einfalle der Franzosen seine Lande, mithin auch das Schloß zu Kirchheim beschützen müsse, und daß die Frau Fürstin nichts dafür könne, daß die Franzosen und die Patrioten in das Schloß gefallen seyen, und die Mobilien, die hätten gerettet werden können, auf die Seite gebracht haben.

§. 10.

Eben so unbefriedigend fiel auch in Ansehung der übrigen Puncte die Erklärung der Frau Fürstin aus. Vielweniger ließ sie sich durch die wohlgemeynte Erinnerung der Frau Gräfin bewegen, das verlassene Schloß unter bessere Aufsicht, als bisher geschehen, zu nehmen.

Dieß hatte dann bey dem abermaligen Einfalle der Franzosen die Folge, daß das ganz unbewahrte Schloß die Zerstörung wirklich erleiden mußte, der es gleichsam absichtlich Preis gegeben worden war.

§. 11.

Unter diesen Umständen hatte die Frau Gräfin von Leiningen einen neuen dringenden Grund, auf ihre Sicherstellung wegen des vertragsmäßigen Rückfallsrechtes zu denken, zumal da auch der Zinsrückstand sich immer mehr anhäufte, und die Frau Gräfin von Leiningen nicht nur für die Zukunft größere Weitläuftigkeiten befürchten mußte, sondern auch bey ihrer damaligen, auch jetzt noch nicht gebesserten Lage sich außer Stande sah, ihre bisher bewiesene Nachsicht fortzusetzen.

Der bisherige Erfolg verschiedener gütlichen Versuche nöthigte sie endlich, den Rechtsweg einzuschlagen, und, nach vorgängiger, aber unbeantwortet gebliebener Austrägalrequisition, d) bey dem höchstpreislichen kaiserlichen Reichshofrathe gegen die Frau Fürstin von Leiningen klagend einzukommen.

II. Geschichte des Processes.

§. 12.

Die Klage ist auf den deutlichen und bestimmten Kauf- und Rückfallsvertrag gegründet, und diesem

d) Beylage 4. zur Klageschrift.

sem gemäß um Vorladung der Frau Beklagten und hiernächst um das rechtliche Erkenntniß gebeten, daß dieselbe verurtheilt werde, den über das Lustschloß zu Kirchheim an der Eck in der Grafschaft Leiningen nebst dessen Zugehör und Ameublement mit der Frau Gräfin von Leiningen unter dem 2ten August 1790 errichteten Kauf- und Rückfallscontract pünctlich zu erfüllen, und in dessen Gemäßheit die seit dem 15ten August 1792 rückständigen Zinsgelder jährlich mit 170 Fl. rheinl. nebst Verzugszinsen von den jeweiligen Verfallsterminen an, an Anwalds Gräfliche Frau Principalin unverzüglich zu bezahlen; mit dieser Zinszahlung auch ferner in den Verfallsterminen mit 85 Fl. halbjährlich, so lange die Frau Fürstin am Leben seyn werde, jedesmal pünctlich einzuhalten, das Kirchheimer Schloß selbst nebst Zugehör und Ameublement in den guten Stand, in welchem Hochdieselbe solches erhalten, wieder zu setzen, solches darinnen bestens zu conserviren, und sonach Dero Absterben Anwalds Gräflicher Frau Principalin oder deren Erben zu hinterlassen, oder den Werth dafür mit wenigstens 18800 Fl. sogleich nach Hochdero Ableben an die Frau Gräfin von Leiningen oder deren Erben erstatten zu lassen, über alles dieses genugsame Caution zu leisten, auch alle durch das einbeschwerte contractswidrige Benehmen verursachte Schäden und Kosten zu ersetzen.

§. 13.

In der auf erfolgte höchstrichterliche Mittheilung der Klageschrift zur Verantwortung nach langer Zögerung endlich übergebenen Exceptionsschrift gesteht

Bayerische Staatsbibliothek München

steht die Frau Beklagte die der Klage zum Grunde liegende Geschichtserzählung ein, bringt aber ververschiedene theils allgemeine, theils besondere Einreden vor, womit sie am Ende noch eine in der That höchst ungereimte Wiederklage verbindet.

Die allgemeinen Einreden, womit der Grund der erhobenen Klage und die fortdauernde verbindliche Kraft des am 2ten August 1790 abgeschlossenen Vertrages überhaupt angefochten werden will, gehen kürzlich dahin:

1) Es sey hier in der That ein ganz anderes Geschäft vorhanden, als die Worte des Vertrages besagen. Eigentlich sey ein bloßer Pachtvertrag geschlossen worden, da der Frau Beklagten lediglich der lebenslängliche Genuß des Kirchheimer Schlosses eingeräumt worden sey. Die Form eines Kaufcontracts habe man nur gewählt, um die im siebenten Artikel festgesetzte Uebernahme der Gefahr und Unglücksfälle zu beschönigen. Die Frau Beklagte habe keinen Rechtsgelehrten auf ihrer Seite gehabt, und daher den Vertrag in der vorliegenden Form unbedenklich unterzeichnet.

2) Das Kirchheimer Schloß sey zerstört, und dadurch der am 2ten August 1790 eingegangene Pacht- und Verpachtungsvertrag von selbst beendigt.

3) Dieser Vertrag sey sogar noch früher mit beyderseitiger Bewilligung aufgehoben worden. Denn bey ihrem Abzuge im Jahre 1792 (§. 8.) habe

habe die Frau Beklagte der Frau Klägerin denselben nicht nur angezeigt, sondern auch die Schlüssel des Schlosses nach Grünstadt überschickt. Die Frau Klägerin habe weder die Schlüssel zurückgesandt, noch gegen die Räumung des Schlosses protestirt, folglich damit stillschweigend sich zufrieden bezeigt.

4) Die angestellte Klage sey sehr unbillig, da die Frau Beklagte für die nur zweyjährige Benutzung des Schlosses und der Mobilien 6000 Fl. und 340 Fl. Zins bezahlet habe, und die Frau Klägerin hätte bedenken sollen, daß im Laufe des Krieges das befragte Schloß ohnedieß verbrannt worden wäre. Sie hätte daher klüger gehandelt, wenn sie bey den Friedenshandlungen ihre Forderung in die Masse der Entschädigungsprätensionen mit aufgestellt hätte.

§. 14.

Gegen die Forderung, daß von der Frau Beklagten das Kirchheimer Schloß sammt den Mobilien in den vorigen Stand wieder hergestellt, oder der in dem Kaufvertrage anerkannte Werth (§. 2.) bezahlt, und deßwegen in Beziehung auf den bedungenen Rückfall Sicherheit geleistet werden soll, ist beklagter Seits insbesondere eingewendet worden:

1) Die Forderung sey zu voreilig, da man noch nicht wisse, was bey den künftigen Friedenshandlungen wegen des einstweilen als französisches Nationalgut eingezogenen Schlosses vor Kirchheim werde bestimmt werden.

2) Die Frau Beklagte sey, als bloße Pächterin, für die durch Feindesgewalt erfolgte Zerstörung und Verwüstung zu stehen überhaupt nicht verbunden.

3) Die in dem Vertrage enthaltene Uebernahme der Unglücksfälle (§. 4.) verpflichte sie eben so wenig dazu, weil hier ein ganz ungewöhnlicher Unglücksfall zum Grunde liege, auf welchen jene allgemeine Erklärung um so weniger bezogen werden könne, da

4) die Frau Klägerin selbst die Gefahr des Donnerschlages übernommen, und damit ihre Verbindlichkeit anerkannt habe, überhaupt alle Beschädigungen, die von höherer Gewalt herrühren, zu tragen, wozu

5) noch komme, daß die erfolgte Zerstörung des Schlosses vor Kirchheim hauptsächlich einer persönlichen Feindschaft des nachmaligen französischen Commissairs Parkus gegen die Frau Klägerin zuzuschreiben sey.

6) Ueberdieß habe diese durch Annahme der Schlüssel (§. 13.) die Bewahrung des befragten Schlosses und der Mobilien selbst übernommen.

§. 15.

Die zum Theil verschleppten, zum Theil ruinirten Mobilien wieder anzuschaffen und in gehörigen Stand zu setzen, glaubt die Frau Beklagte auch um deßwillen nicht verbunden zu seyn, weil

1) Sie Selbst bey ihrem Abzuge aus dem Kirchheimer Schlosse nur Ein Canapee mit sich genommen, und zu dessen Bezahlung längst sich anerboten; übrigens aber

2) die Frau Klägerin die zurückgelassenen Mobilien, nachdem sie die Schlüssel in Empfang genommen, in ihrer eigenen Verwahrung gehabt, auch der Sorge dafür sich wirklich unterzogen habe, indem sie sie nach Kirchheim an der Eck zur Sicherheit habe bringen lassen. Endlich sey auch

3) nirgends angegeben, ob und was an den im Jahre 1793 vorgefundenen Meubeln da gewesen oder gefehlt habe, weswegen die Frau Beklagte sich auf diesen Punct überhaupt nicht bestimmt einlassen könne.

§. 16.

Die bisher unterlassene Zahlung des schuldigen Zinses und deren fernere Verweigerung will die Frau Beklagte damit rechtfertigen, daß

1) nach Zerstörung der gepachteten Sache die Entrichtung des Pachtgeldes von selbst aufhöre, und daß

2) die Frau Klägerin die Unterhaltung des italienischen Daches an dem Kirchheimer Schlosse übernommen habe (§. 3.), vor dessen Wiederherstellung das verpachtete Schloß ganz unbewohnbar sey, mithin wegen des gehinderten Gebrau-

ches der verpachteten Sache kein Pachtzins gefordert werden könne.

§. 19.

Die Wiederklage ist auf einen vermeyntlich bezahlten Ueberschuß des angeblichen Pachtgeldes und auf eine zu diesem Ende aufgestellte Berechnung gegründet, der man die chikanöse Absicht auf den ersten Blick ansieht, und woraus man beklagter Seits eine Gegenforderung von 5340 Fl. abzuleiten, wiewohl vergeblich, versucht hat.

§. 18.

Alle diese Einstreuungen sind in der Replik- und respectiven Exceptionsschrift nachdrücklich widerlegt, insonderheit aber die von der Frau Beklagten vorgeschützten factischen Umstände durchaus widersprochen, darauf aber in der Duplik und respectiven Replik im Wesentlichen nur die vorigen grundlosen Behauptungen wiederholt worden.

III. Erörterung der beyderseitigen Gründe.

§. 19.

Die von der Frau Gräfin von Leiningen-Westerburg erhobene Klage beruht auf dem am 2ten August 1790 zwischen ihr und der Frau Fürstin von Leiningen abgeschlossenen Kaufvertrage (§. 2.). Aus diesem erhellet, daß die Frau Beklagte, neben der sogleich zu leistenden und auch wirklich geleisteten baa-

ren Zahlung von 6000 Fl. noch die weitere Verbindlichkeit übernommen hat, nicht nur ein Capital von 3400 Fl. mit 170 Fl. jährlich zu verzinsen, sondern auch das erkaufte Schloß sammt Zubehörden und Mobilien nach ihrem Tode an die Frau Klägerin in demjenigen Stande, in welchem sie es erhalten, unentgeldlich wieder zurückstellen zu lassen.

Hierauf ist die Klage gerichtet, und zwar, da der letztere Punct vor dem Tode der Frau Fürstin nicht in Erfüllung gehen kann, sie aber das Schloß vor Kirchheim verlassen und der Zerstörung Preis gegeben hat, in Ansehung dieses Punctes auf eine in der Natur der Sache gegründete, der Frau Klägerin gebührende Sicherheitsleistung.

Der Grund der Klage ist mithin über allen Zweifel erhoben, und, da die Frau Beklagte den besagten Kaufvertrag anerkannt hat (§. 13.), vollkommen erwiesen. Die rechtliche Folge, daß die Frau Beklagte zur Erfüllung ihrer vertragsmäßigen Verbindlichkeiten schuldig zu erkennen und im gesetzmäßigen Wege anzuhalten ist, ergiebt sich hieraus von selbst.

§. 20.

Der Grund der Klage ist auch durch die vorgeschützten Einreden (§. 13 — 16) keinesweges elidirt, wie aus deren genaueren Erörterung und Prüfung sogleich erhellen wird.

Der am 2ten Aug. 1790 abgeschlossene Vertrag ist allerdings ein Kaufvertrag, und kein Pachtvertrag, wie man beklagter Seits vorgeben will (§. 13. Nro. 1.). Die Erklärung der contrahirenden Theile, auf welche alles ankömmt, ist deutlich und bestimmt: Sie haben einen Kaufhandel mit angehängtem Rückfallsvertrage verabredet und abgeschlossen; das Schloß vor Kirchheim ꝛc. werde der Frau Fürstin von Leiningen um das bestimmte Kaufgeld verkauft und eigenthümlich abgetreten. Beide contrahirende Damen werden Käuferin und Verkäuferin genannt.

Die Absicht der Contrahenten ist mithin klar. Wie will man also behaupten, es liege ein ganz anderes Geschäft zum Grunde, als die Worte des Vertrages besagen? Wie will dieß die Frau Beklagte, die der Einrede, die Sache sey nicht so, wie geschrieben, sondern anders abgehandelt worden, bey ihren Fürstlichen wahren Worten, Treu und Glauben ausdrücklich entsagt hat (§. 6.)?

Die wesentlichen Erfordernisse eines Kaufvertrages sind vorhanden: die beyderseitige Einwilligung, die Sache und der Kaufpreiß. Aber dieser, sagt der Gegentheil, sey ein bloßes Pachtgeld, weil die Frau Fürstin durch den Vertrag vom 2ten Aug. 1790 nur lebenslänglichen Besitz und Genuß des Kirchheimer Schlosses sammt Zubehörden und Mobilien erhalten habe — eine Behauptung, die dem klaren Buchstaben des Vertrages geradezu widerspricht.

Das

Das Schloß und alles was dazu gehört, ist der Frau Käuferin eigenthümlich abgetreten und eingeräumt worden. Sie hat das Recht erhalten, Veränderungen und Meliorationen nach Gutbefinden vorzunehmen und zu veranstalten (§. 3.). Sie hat als Eigenthümerin gehandelt, indem sie bey ihrem Abzuge mehrere Mobilien mit sich hinwegnahm, wovon sie zwar nur ein Canapee eingesteht, (§. 15. Nro. 1.), aber auch schon damit anerkennt, daß sie sich als Eigenthümerin selbst betrachtet hat. Denn wie konnte sie sonst ohne Einwilligung der Frau Gräfin von Leiningen-Westerburg überhaupt etwas von den angeblich vermietheten Mobilien sich zueignen?

Die Uebertragung des Kirchheimer Schlosses sammt Zubehörden und Mobilien ist also unwidersprechlich dargethan, wie dann auch bey der Uebergabe der letzteren ausdrücklich gesagt ist, daß sie der Frau Fürstin überlassen und im besten Stande eingehändigt worden seyen e).

§. 21.

Freylich hat die Frau Käuferin wegen des angehängten Rückfallsvertrages das erkaufte Eigenthum nur auf Lebenszeit erlangt. Allein, dieß widerspricht der Natur des Kaufvertrages nicht im geringsten. Denn daß eine Sache auch auf eine Zeit lang

e) Beyl. 2. zur Klageschrift.

lang verkauft werden kann, ist eine in den Gesetzen und durch Rechtsgelehrte anerkannte Wahrheit f).

Freylich sind die Wirkungen des von der Frau Käuferin erworbenen Eigenthumsrechts durch den angehängten Rückfallsvertrag eingeschränkt worden, wie dann die willkührliche Verfügung über das erkaufte Schloß ꝛc. hinwegfiel, und sie auch ausdrücklich der Vererbungs- und Testirungsbefugniß entsagte (§. 3.). Allein, nicht zu gedenken, daß sie doch mit den Mobilien schalten und walten konnte, wie es ihr beliebte, wenn sie nur am Ende durch ähnliche von gleicher Güte und Werth ersetzt wurden; so ist eine solche Einschränkung des Eigenthumsrechts bey Kaufverträgen nichts seltenes. Dieß beweiset der öfters vorkommende Wiederkaufsvertrag deutlich genug. Auch hier kann der Käufer über das erkaufte Gut nicht willkührlich verfügen, und doch wird die Natur des Kaufvertrages, welchem die Wiederkaufsbedingung angehängt ist, hierdurch so wenig verändert, daß der Käufer im Uebrigen dennoch vollkommener Eigenthümer wird, und alle und jede Gefahr übernehmen muß g).

Da nun der vertragsmäßige Rückfall auf das Absterben der Frau Beklagten ausgesetzt worden ist; so

f) L. 80. §. 2. D. de contrah. emt. Lauterbach. Coll. theor. pr. Pand. lib. 18. tit. 1. §. 81.

g) Stryk, de caut. contract. Sectio 2. cap. 8. §. 59.

so ergiebt ich von selbst, daß das Eigenthum des Kirchheimer Schlosses ꝛc. für ihre Lebenszeit auf sie übergegangen ist, und daß sie als bloße Pächterin auf keine Weise betrachtet werden kann.

Dieß alles liegt in den klaren Worten des Vertrages so deutlich und bestimmt, daß es überall keines Rechtsgelehrten, am wenigsten für eine so unterrichtete und erfahrne Dame, wie die Frau Fürstin von Leiningen ist, bedurfte, um alles vollkommen zu verstehen. Zum Uberflusse hat aber die Frau Fürstin einen selbstgewählten Assistenten gehabt (§. 2.), wo sie es sich dann selbst zuschreiben muß, wenn sie dazu keinen Rechtsgelehrten genommen hat.

§. 22.

Unter diesen Umständen kann gegen die Fortdauer der verbindlichen Kraft des Vertrages vom 2. Aug. 1790 die leider erfolgte Zerstörung des Kirchheimer Schlosses (§. 13. Nro. 2.) überall nicht angeführt werden.

Was etwa für den Pächter aus der Natur des Pachtvertrages angeführt werden könnte, das kömmt dem Käufer nicht zu statten. Diesen trift aller Schade, der der erkauften Sache durch Unvorsichtigkeit, Absicht oder Zufall zugefügt wird, er trifft ihn auch, wenn er gleich nur auf eine Zeitlang, oder auf Wiederkaufs- oder Rückfallsbedingung gekauft hat (§. 21).

Die Frau Fürstin hat selbst wörtlich und unumwunden anerkannt, daß dieses aus der Natur

des

des von ihr eingegangenen Contractes fließe (§. 4.); und bloß zum Ueberflusse, bloß weil die Frau Verkäuferin eine bestimmte Ausnahme zum Vortheile der Frau Käuferin sich gefallen ließ, wurde noch die ausdrückliche Uebernahme aller Unglücksfälle, den einzigen Donnerschlag ausgenommen, hinzugefügt.

Diese ausdrückliche Erklärung widerspricht auch der Natur des Kaufvertrages so wenig, daß es vielmehr lediglich von dem Verkäufer abhängt, sie um seiner größern Sicherheit willen sich besonders zu bedingen h).

Da nun die Frau Beklagte sowohl als Käuferin und Eigenthümerin des Kirchheimer Schlosses und der ihr mit demselben überlassenen Mobilien, als auch vermöge der von ihr besonders übernommenen Verpflichtung, den durch die Zerstörung jenes Schlosses entstandenen Schaden allein zu tragen hat; so kann sie daraus die Aufhebung des eingegangenen Kaufvertrages keinesweges ableiten.

§. 23.

Daß dieser Vertrag durch beyderseitige Einwilligung aufgehoben sey (§. 3. Nr. 3.), ist gänzlich ungegründet. Die Frau Beklagte hat ihren Abzug der Frau Klägerin nicht angezeigt, wozu sie doch, selbst wenn sie bloße Pächterin gewesen wäre,

h) Menken, de conventione circa praestandos casus fortuitos §. 21. 22.

wäre, und wirkliche Kriegsgefahr sie zum Abzuge genöthiget hätte, unstreitig verpflichtet war i), da dieser Anzeige überall kein Hinderniß im Wege stand. Auch hat sie ihr die Schlüssel zu dem Kirchheimer Schlosse nicht zugeschickt, vielweniger hat die Frau Klägerin sie angenommen und sich damit zufrieden bezeigt.

Dieß alles wird durch das der Klageschrift beygelegte, beklagter Seits anerkannte Notariatsinstrument (§. 9.) so auffallend dargethan, daß, noch ehe die Frau Beklagte auch nur eine Bescheinigung ihres Vorgebens beyzubringen im Stande gewesen ist, der völlige Gegenbeweis schon klar vor Augen liegt.

Die Frau Beklagte hat damals nicht einmal daran gedacht, der Frau Klägerin die Sorge für das Kirchheimer Schloß und Ameublement zuzumuthen; vielmehr hat sie die freylich ungereimte Aeusserung thun lassen, der regierende Herr Graf zu Leiningen-Westerburg müsse, so wie seine Lande überhaupt, also auch das Schloß bey Kirchheim bey dem Einfalle der Franzosen beschützen (§. 9.).

Gesetzt aber, der Frau Klägerin sey wirklich der Abzug der Frau Beklagten angezeigt, diese habe ihr die Schlüssel zu dem befragten Schlosse zugeschickt; so blieb ja doch dieses Schloß sammt den Mobilien nach wie vor Eigenthum der Frau Beklagten; und mit welchem Rechte will sie der Frau Klägerin

i) L. 25. §. 4. D. loc. cond.

gerin die Verbindlichkeit aufbürden, dasselbe zu bewahren und gar für die zufälligen Beschädigungen zu stehen? Wenn daher die Frau Beklagte zu dem, überdieß bereits zum voraus gänzlich widerlegten Beweise ihrer Behauptungen sich erbietet; so geschieht dieß offenbar in der Absicht, die Sache zu verzögern, da die Unerheblichkeit dieses Beweises nicht dem geringsten Zweifel unterworfen seyn kann.

Den Abzug der Frau Beklagten zu verhindern, oder ihm zu widersprechen, war die Frau Klägerin auf keine Weise berechtiget. Vernachlässigte jene die nöthige Aufsicht über das verlassene Schloß, so mußte sie die Folgen tragen, da es doch einst in dem Zustande, wie es übergeben worden ist, an die Frau Klägerin zurückgeliefert werden muß. Wozu sollte diese protestiren? Protestationen sind überhaupt nicht nothwendig, und ihre Unterlassung beweiset an und für sich keine stillschweigende Einwilligung, viel weniger zieht sie den Verlust wohlerworbener Rechte nach sich. Zum Ueberflusse hat aber die Frau Klägerin wirklich, so weit es den Umständen gemäß war, die Frau Beklagte an ihre Obliegenheiten erinnert, und sich gegen allen aus deren Vernachlässigung zu besorgenden Nachtheil verwahrt, wie aus dem Notariatsinstrument vom 17. Oct. 1793 (§. 9.) erhellet.

§. 24.

Die vorgeschützte Unbilligkeit der erhobenen Klage (§. 3. Nro. 4.) ist überall nicht erfindlich, wenn man bedenkt, daß die Frau Beklagte das

Kirch-

Kirchheimer Schloß mit Zubehörden für weniger als den dritten Theil des aufs geringste angeschlagenen Werths erhalten, nur ungefähr den sechsten Theil zu verzinsen übernommen, und die Frau Klägerin für den bedungenen Rückfall die volle Hälfte aufgeopfert hat. Diese mußte sie für die ganze Lebenszeit der Frau Beklagten entbehren, dazu noch die Unterhaltung des italienischen Daches und die Gefahr des Donnerschlages übernehmen. Unter diesen Umständen ist offenbar in den von der Frau Beklagten eingegangenen Bedingungen nichts unbilliges; folglich auch nicht in der Forderung, daß diese Bedingungen redlich erfüllt werden.

Wer seines Rechtes sich bedient, thut Niemand unrecht. Dieß ist der Fall der Frau Klägerin, die ihr rechtliches Verlangen nicht nur auf die Natur des abgeschlossenen Kaufvertrages überhaupt, sondern auch auf die ausdrückliche Erklärung der Frau Beklagten insbesondere, (§. 4. 22.) gründet. Hier paßt vollkommen, was Menke von dem allgemeinen Zwecke solcher Bedingungen sagt: „Finis vni„versalis consistit in eo, ne conqueri de iniuria pos„sit, qui pactione ad ferendos casus fortuitos se „obstrinxit. Volenti enim non fit iniuria L. 1. „§. 5. D. de iniur. nec defraudari videntur, qui „sciunt et consentiunt L. 145. D. de R. I. proin„de suae paciscens imputet facilitati, si quid ex „conventione ista sentiat detrimenti: nam quae „ab initio sunt voluntatis, ex postfacto sunt ne„cessitatis“ k).

Der

k) Menken, de conventione circa praestandos casus fortuitos. §. 31.

Der Frau Klägerin kann folglich der Vorwurf der Unbilligkeit mit Grunde nicht gemacht werden, viel weniger braucht sie sich auf die künftige Friedenshandlung und die dort zu hoffende Entschädigung, welches vielleicht so gut seyn dürfte, als ad calendas Graecas, verweisen zu lassen, da die Frau Klägerin, als Eigenthümerin des befragten Schlosses sammt Zubehörden, den von ihr vorgeschlagenen Weg, wenn sie es für gut findet, selbst einschlagen kann.

§. 25.

So unerheblich und ungegründet die bisher erörterten allgemeinen Einreden der Frau Beklagten sind; so wenig verdienen auch die besonderen Einreden derselben einige rechtliche Rücksicht.

Die Forderung, daß das Kirchheimer Schloß sammt Mobilien in den vorigen Stand gesetzt werden soll, ist keinesweges, wie vom beklagten Theile behauptet werden will (§. 14. Nro. 1.), zu voreilig, wenn man bedenkt, daß auf alle Fälle zugleich die Erstattung des beyderseits anerkannten Werthes von 18800 Fl. verlangt worden ist.

Auch hat die Frau Klägerin noch zur Zeit ihr Gesuch haupsächlich auf Sicherheitsleistung wegen des bedungenen Rückfalles gerichtet (§. 12.), da die Frau Beklagte durch ihr bisheriges Benehmen dazu die rechtmässigsten und dringendsten Gründe selbst an die Hand gegeben hat (§. 19.).

§. 26.

§. 26.

Die weitere Einrede (§. 14. Nro. 2.)., daß die Frau Beklagte für die durch Feindesgewalt erfolgte Zerstörung und Verwüstng, als bloße Pächterin, überhaupt zu stehen nicht verbunden sey, beruht auf der irrigen, bereits hinlänglich widerlegten (§. 20. 21.) Voraussetzung, daß der Vertrag vom 2. Aug 1790 ein bloßer Pachtvertrag sey. Da er dieß nicht, sondern ein wahrer Kaufvertrag ist; so fällt diese Einwendung von selbst hinweg.

Wenn man aber auch annehmen wollte, es liege hier ein bloßer Pachtvertrag zum Grunde; so können doch auch dabey von dem Pächter die die verpachtete Sache treffenden Unglücksfälle übernommen werden, und es ist ein Irrthum, wenn man beklagter Seits glaubt, es laufe wider die Natur des Pachtcontractes, daß der Pächter die Unglücksfälle übernehme.

Die Gesetze sagen ausdrücklich, daß auch eine solche Bedingung bey dem Pachtvertrage Statt finde. „Si quis fundum locauerit, heißt es in der L. 9. §. 2. D. loc. cond., vt etiam, si quid vi majori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum est.“ Dieß gerade wäre hier der Fall, wenn man eine Verpachtung wirklich annehmen könnte. Die Frau Beklagte hat die Verbindlichkeit übernommen, für alle Unglücksfälle zu stehen (§. 4.). Diese rühren entweder von bloß zufälligen Ursachen, oder von äußerer Gewalt, die man nicht abwenden kann (vi majori) her. Beyde sind unter dem allge-

meinen Ausdrucke: Unglücksfälle, zu verstehen l). In die Classe der letzteren gehören auch die Verwüstungen durch Feindesgewalt m), und gerade diese sind es, von welchen gegenwärtig die Frage ist.

Wäre also auch die Frau Beklagte nichts weiter, als bloße Pächterin des Schlosses vor Kirchheim; so müßte sie doch, vermöge ihrer ausdrücklich übernommenen Verbindlichkeit, die Unglücksfälle, die dasselbe betroffen haben, tragen. Wäre selbst die gewählte Form eines Kaufvertrages nur in der Absicht gebraucht, um die Uebernahme dieser Unglücksfälle noch mehr zu bevestigen, oder auch, wie man beklagter Seits sagt, zu beschönigen, was jedoch, wie vor Augen liegt, gar nicht nöthig war; so würde daraus der bestimmte Wille der Frau Beklagten auch als Pächterin für alle Unglücksfälle, den einzigen Donnerschlag ausgenommen, zu stehen, nur um so mehr erhellen.

§. 27.

Diese Uebernahme der Unglücksfälle gehet auch auf die durch Feindesgewalt erfolgte Zerstörung, selbst wenn die Frau Beklagte nur Pächterin wäre. Sie hat alle Unglücksfälle, die sich an dem Schlosse ereignen könnten, ausser den Gefahren des Don-

l) Madhin, Princ. Iur. Rom. §. 104.

m) Ev. Otto de praestat. casuum solitor. insolitor. et insolitissimor. §. 7. Menken, l. c. §. 43.

Donnerschlages, übernommen. Diese einzige Ausnahme abgerechnet, ist die Bedingung im Uebrigen allgemein und ohne nähere Bestimmung. In diesem Falle nun muß nach der richtigern Meynung der Rechtsgelehrten derjenige, der alle Unglücksfälle im Allgemeinen übernommen hat, jeden Zufall, er sey gewöhnlich oder ungewöhnlich, ja selbst den ungewöhnlichsten tragen, ohne Rücksicht, ob es bloß reiner Zufall ist, oder ob menschliche Gewalt dabey mitwirkte n).

Zu den ungewöhnlichsten Unglücksfällen kann ohnehin die feindliche Zerstörung des Schlosses vor Kirchheim nicht gerechnet werden; ja! wer die Geschichte der Rheinpfalz kennt, der wird Anstand nehmen, sie zu den ungewöhnlichen zu zählen. Ob man nicht im Jahre 1790 schon Ursache haben konnte, baldige Kriegsunruhen wenigstens zu besorgen, kann dem Urtheile jedes Kenners der Zeitgeschichte überlassen werden.

n) Ev. Otto l. c. §. 10. Menken. l. c. §. 35. seqq. Madihn. l. c. — Otto, und gewissermaßen auch Menke, will zwar bey einem casu insolitissimo eine Ausnahm gelten lassen; aber doch nur wenn die Uebernahme der Unglücksfälle nicht völlig allgemein wäre, und allezeit mit Beziehung auf das Ermessen des Richters. Dabey erängte man noch, was beyde unter einem casu insolitissimo verstehen: — qui rarissimo, et velut miraculose, centesimo vel millesimo anno vix semel contingit, quique adeo in omni hominum memoria est inauditus, ut ne prudentissimi quidem toto animo de eo cogitare possint.

Es ist überhaupt eine bloß eingebildete Billigkeit und ganz verkehrte Gesetzauslegung einiger Rechtsgelehrten, welche von einer allgemeinen Uebernahme der Unglücksfälle wenigstens die ungewöhnlichsten ausnehmen zu müssen glauben, da sie doch davon nicht einmal einen bestimmten Begriff angeben können, und allenfalls mit Bartolus sich begnügen, darunter das zu verstehen, was alle 1000 Jahr nur Einmal geschieht. Weit richtiger ist es offenbar, an klaren Worten nicht zu deuteln noch zu drehen; sondern den, der einmal für alle Unglücksfälle stehen zu wollen sich erklärt hat, auch alle tragen zu lassen.

§. 28.

Daß die Frau Klägerin die Gefahr des Donnerschlages freywillig übernommen hat, kann ihr eben so wenig entgegenstehen, als die unerwiesene und unerhebliche Geschichte von dem Advocaten und nachherigen Commissair Parkus (§. 14. Nro. 4. 5.).

In dem Kaufbriefe heißt es ausdrücklich, daß die Frau Verkäuferin nur in dem einzigen Falle, wenn das verkaufte Schloß durch einen Donnerschlag zum Theil oder ganz ruinirt werden sollte, den Schaden zu tragen habe. Bey diesem so deutlich bestimmten, jeden andern mit klaren Worten ausschließenden Falle ist in der That nicht abzusehen, wie eine ausdehnende Erklärung Statt finden sollte, zumal, da die Frau Beklagte, als Käuferin und Eigenthümerin ohnehin die Regel gegen sich hat (§. 21.).

Die

Die vorgebliche Feindschaft des Parkus gegen die Frau Klägerin, wodurch die Verwüstung des Kirchheimer Schlosses veranlaßt worden seyn soll, müßte, wenn sie wahr wäre, der Frau Beklagten vielmehr, als der Frau Klägerin, zum Nachtheile gereichen, da die gänzliche Verlassung und Vernachlässigung des gedachten Schlosses durch jene alsdann an dem ganzen Unglücke Schuld wäre. Denn hätte sie es nicht so ganz ohne Aufsicht gelassen; so hätte auch Parkus die vormalige Eigenthümerin mit der jetzigen, der Frau Beklagten, nicht verwechselt, und die Feindschaft gegen erstere dieser nicht schaden können. Ist an der Geschichte irgend etwas Wahres, so trifft es allein die Frau Beklagte, und nicht die Frau Klägerin.

Was von der Ueberschickung und Annahme der Schlüssel hier noch insbesondere wiederholt wird (§. 14. Nr. 6.), ist bereits oben hinlänglich widerlegt worden (§. 23.). Hätte auch die Frau Klägerin die Schlüssel wirklich angenommen; so würde doch aus der Aufbewahrung der Schlüssel noch keine Uebernahme der Aufsicht und Bewahrung des Schlosses und der Mobilien folgen.

§. 29.

Von der Wiederanschaffung der Mobilien und der deßhalb zu leistenden Sicherheit, glaubt die Frau Beklagte sich hauptsächlich damit befreyen zu können, daß sie nicht mehr als ein Canapee mit sich genommen und zu dessen Bezahlung sich erboten zu haben behauptet (§. 15. Nro. 1.). Dieß ist aber eines Theils falsch; denn sie hat mehrere Mobilien,

und

und zwar die besten, mit sich genommen: andern Theils gleichgültig; denn alle Mobilien waren ihr Eigenthum, und alle müssen nach dem errichteten Inventarium in dem Stande, wie die Frau Beklagte sie erhalten hat, künftig wieder abgeliefert werden (§. 3.). Daß deßwegen Sicherheitsleistung bey dem vertragswidrigen Betragen der Frau Beklagten nothwendig ist, wenn sie nicht lieber jetzt gleich den vollen Kaufschilling bezahlen will, fällt von selbst in die Augen.

Wenn die Frau Beklagte weiter vorgiebt, daß die Frau Klägerin die Bewahrung der Mobilien selbst übernommen habe (§. 15. Nro. 1.); so ist dieß eine offenbar unwahre Behauptung (§. 23. 28.). Auch hat die Frau Klägerin keine Mobilien nach Kirchheim an der Eck bringen lassen, sondern sie sind dahin von den Franzosen gebracht worden. Und daß man klägerischer Seits sich mit der Aufbewahrung und Sorge für diese Mobilien zu befassen überall nicht gemeynet war, ist aus dem Notariatsinstrumente vom 17. Oct. 1793 ersichtlich (§. 10.). Ausdrücklich wurde die beklagte Frau Fürstin aufgefordert, für die befragten Mobilien Sorge zu tragen, widrigenfalls sie auf ihre Gefahr und Kosten irgendwohin in Verwahrung gebracht werden sollten.

Der Vorwurf, daß der Bestand der 1793 vorgefundenen Mobilien nirgends angegeben sey (§. 15. Nro. 3.), kann die Frau Klägerin nicht treffen. Denn die Frau Beklagte hat unter das bey der Uebergabe errichtete Inventarium eigenhändig den rich-

richtigen Empfang der verzeichneten Mobilien bezeugt o). Ihre Sache ist es also, über den jetzigen Bestand derselben die etwa nothwendige Auskunft zu geben, da die Frau Klägerin sich lediglich an das gedachte Inventarium zu halten hat.

§. 30.

Die Gründe endlich, welche gegen die schuldige Bezahlung des versprochenen jährlichen Zinses beklagter Seits vorgebracht worden sind (§. 16), beruhen lediglich auf der falschen Hypothese, daß zwischen beyden streitenden Theilen nur ein Pachtcontract bestehe.

Allein da die Frau Beklagte einen Kaufvertrag eingegangen, und noch überdieß alle Unglücksfälle ausdrücklich übernommen hat; so kann sie sich der lebenslänglichen Verzinsung des als Kaufgeld mit in Anschlag gebrachten Capitals von 3400 Fl. (§ 2.) keinesweges entziehen. Dieß ist eine so natürliche Folge von demjenigen, was bisher umständlich dargethan worden ist, daß man sich einer weitern Ausführung füglich enthalten kann. Denn die Frau Beklagte ist alle Bedingungen des abgeschlossenen Kaufvertrages zu erfüllen schuldig; also auch diese.

Wäre sie aber auch als bloße Pächterin zu betrachten; so müßte sie, da sie alle Unglücksfälle zu tragen,

o) Beylage 2. zur Klageschrift.

tragen, sich verbindlich gemacht hat, dennoch den auf Lebenszeit übernommenen Pacht fortsetzen, und das versprochene Pachtgeld vertragsmäßig entrichten (§. 26. 27.).

Die Einwendung wegen des italienischen Daches (§. 16. Nro. 2.) ist lächerlich. Denn die Frau Klägerin hat sich bloß zu dessen Unterhaltung anheischig gemacht. Ehe aber Schloß und Dach wieder hergestellt sind, ist diese unmöglich. Und gesetzt, daß die Frau Klägerin, gegen die Worte des Vertrages (§. 3.) zur Wiederherstellung des Daches schuldig erkannt werden sollte; so kann sie doch nicht in die Luft bauen, und vor allen Dingen muß die Frau Beklagte das Schloß selbst wieder aufführen lassen.

§. 31.

Die Wiederklage will damit gerechtfertiget werden, daß die Frau Beklagte das Schloß vor Kirchheim nur zwey Jahre lang benutzt und doch 6000 Fl. baar, und zweymal den jährlichen Zins von 170 Fl., mithin einen gar übermäßigen Pachtzins bezahlt habe, folglich nach Abzug eines billigen Pachtgeldes von 500 Fl. jährlich, 5340 Fl. zurückzufordern berechtiget sey.

Allein diese Wiederklage ist ungegründet, man mag die Frau Beklagte als Käuferin oder als Pächterin betrachten. Als Käuferin trägt sie ohnehin alle Unglücksfälle, und die Zerstörung ihres erkauften Eigenthums macht sie von den in dem

Kauf-

Kaufvertrage eingegangenen Verbindlichkeiten nicht frey (§. 20. 21. 22.). Als Pächterin hat sie alle Unglücksfälle übernommen, und muß also nach wie vor den Pachtcontract erfüllen (§. 26. 27.). Da sie aber wahre Käuferin, und nicht Pächterin ist; so muß um so mehr die anmaßliche Wiederklage, als bloße Chikane betrachtet werden, wie solches bereits umständlicher in den dagegen eingereichten Exceptionen dargethan ist.

§. 32.

Da nun die von der Frau Gräfin von Leiningen-Westerburg erhobene Klage völlig gegründet und erwiesen ist (§. 19.); solche auch durch die fortdauernde Verbindlichkeit des am 2. Aug. 1790 abgeschlossenen Kaufvertrages keinem Zweifel unterworfen seyn kann (§. 22.), daher die Frau Beklagte die rückständigen und ferneren jährlichen Zinsen mit 170 Fl., und zwar jene, wie sich von selbst versteht, mit Verzugszinsen von der jedesmaligen Verfallzeit an, unverweigerlich abzutragen (§. 30.), nicht weniger das Kirchheimer Schloß und Ameublement in den Stand, in welchem sie es erhalten hat, wieder herzustellen, und darin zu erhalten, auch solches nach ihrem Ableben in diesem vertragsmäßigem Stande der Frau Klägerin oder ihren Erben zu hinterlassen, oder den Werth desselben erstatten zu lassen, und über dieses alle genugsame Sicherheit zu leisten rechtlich gehalten (§. 20 bis 29.), mit ihrer Widerklage hingegen gänzlich abzuweisen (§. 31.) und in alle Kosten zu verurtheilen ist; so glaubt die Frau Klägerin einem baldigen obsieglichen Urtheile mit Zuversicht entgegensehen zu dürfen.

IV.

Ueber die Archidiaconal-Gerichtbarkeit, vorzüglich im Osnabrückischen.

Mangel einer unpartheyischen Erörterung der noch bestehenden Archidiaconal-Rechte. — Zweifel über die Gerichtbarkeit der Archidiacone. — Veranlassung der gegenwärtigen Untersuchung. — Steht den noch vorhandenen wirklichen Archidiaconen die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen zu? — Aeltere Verfassung in Teutschland. — Gemeinrechtliche Bestimmung. — Kömmt es lediglich auf den Besitzstand und das Herkommen an? — Steht die Einführung der Vicariate den Archidiaconen entgegen? — Hat das Tridentinische Concilium die Gerichtbarkeit der Archidiaconen in geistlichen Streitsachen aufgehoben? — Haben die Archidiacone im Osnabrückischen nach der dortigen besondern Verfassung die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen? — Nach der Osnabrückischen beständigen Wahlcapitulation? — Nach einer besondern Verordnung von 1720? — Nach einem responso der rota Rom. v. 1725.? — Was hat das Archidiaconat zu Klarholz für besondere Rechte?

Man hat keine ausführliche, ganz unpartheyische Abhandlung über die gegenwärtige gesetzmäßige Beschaffenheit der ehemals so ausgedehnten Archidiaconal-Rechte. Die Schriften von Pertsch und Kreß und einige andere, deren Verfasser nicht ge-

genannt sind, müssen ihrer Veranlassung nach, als Partheyschriften betrachtet werden. Sie sind eigentlich Deductionen gegen die Archidiaconen.

Die Canonisten sind über den ehemaligen großen Umfang der Archidiaconal-Rechte größtheils einig, keinesweges aber darüber, wie viel davon den noch vorhandenen Archidiaconen übrig geblieben ist. In Ansehung der Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen wollen Einige selbst den Archidiaconen zu der Zeit, als sie noch im vollesten Besitze ihrer Gerechtsame waren, nur soviel einräumen, als sie durch Herkommen oder Privilegium besonders erlangt haben a).

In verschiedenen Bisthümern hat das Archidiaconal-Amt ganz aufgehört, oder es ist wenigstens zu einem bloßen Ehrentitel herabgesunken. In anderen hat es sich aber mit gewissen Rechten noch erhalten, und gerade hier entsteht bey dem Mangel bestimmter, specieller Entscheidungsnormen nicht selten die Frage, wie viel oder wie wenig den Archidiaconen jetzt noch zukömmt.

Im Bisthum Osnabrück waren in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts große Streitigkeiten über diese Frage, die in Wien und in Rom anhängig gemacht wurden. Ob und wie fern die Frage bestimmt und durchgreifend verschieden sey, ist öffentlich nicht bekannt geworden.

Eine

a) G. L. Böhmer, Pr. iur. can. §. 159.

Eine der Göttingischen Juristen-Facultät vorgelegte Anfrage eines zur bischöflich Osnabrückischen Diöcese gehörigen Archidiacons hat eine nähere Erörterung der Archidiaconal-Gerichtbarkeit, besonders in geistlichen Streitsachen, und ob die jetzt noch mit Gerichtbarkeit versehenen Archidiaconen, nach gemeinen und Osnabrückischen Rechten in dieser Hinsicht die Vermuthung für oder gegen sich haben, veranlaßt.

Ich theile zuförderst den Fall mit, der zu jener Anfrage Gelegenheit gegeben hat, und sodann den wesentlichen Inhalt des darauf ertheilten rechtlichen Gutachtens.

Im Jahre 1797 verklagte der Pfarrer zu Klarholz, in der Herrschaft Rheda, seinen resignirten Amtsvorfahrer bey dem mit der Probstey des Gotteshauses Klarholz verbundenen zur bischöflich-Osnabrückischen Diöcese gehörigen Archidiaconal-Gerichte, weil derselbe während seines Amtes 82 Rthlr., welche zu der Brüderschaft gehören, erhoben, davon aber keine Rechnung abgeleget habe. Der Beklagte kam hiergegen mit einer foridéclinatorischen Einrede ein, weil dem Archidiacon zu Klarholz keine contentiöse Gerichtbarkeit zustehe. Während der Kläger hierauf seine Replik verhandelte, war der Beklagte bey dem Officialgerichte zu Osnabrück mit einer provocatorischen Klage gegen denselben eingekommen, welche durch ein Decret vom 14. Sept. 1797. sowohl dem Probst zu Klarholz, als auch dem klagenden, jetzt provocirten Pfarrer mit dem

Anhange mitgetheilt wurde, daß jener in dieser der Gerichtbarkeit des Officialats unterworfenen Sache ein weiteres Verfahren und Cognition sich nicht anmaßen werde, dieser aber über den Inhalt der gegen ihn übergebenen Klage sich vernehmen lassen solle.

Die hiergegen von dem Provocaten eingewandte exceptio fori archidiaconalis praeventi wurde sowohl in der ersten, als in der Revisionsinstanz verworfen, und von letzterm Erkenntnisse an das Erzbischöflich-Cölnische Officialat-Gericht appellirt.

Vor der weitern Verfolgung dieser Appellation wurde nun unter Beylegung verschiedener älterer Fälle die Juristen-Facultät zu Göttingen gefragt: Ob die Archidiaconal-Gerichtbarkeit des Herrn Probstes zu Klarholz in der befragten Sache gegründet, mithin in der Appellationsinstanz ein reformatorisches Erkenntniß zu hoffen sey?

Man sieht aus vorstehender Geschichte, daß der Probst zu Klarholz, dessen Archidiaconal-Gerichtbarkeit eigentlich angefochten wurde, bey dem ganzen Streite still saß und demselben ruhig zusah. Ihm war jedoch durch ein Decret des Osnabrückischen Officialats zu erkennen gegeben worden, wie man sich zu ihm versehe, daß er in dieser der Gerichtbarkeit des Officialats unterworfenen Sache ein weiteres Verfahren und Cognition sich nicht anmaßen werde. Demungeachtet überließ er die Vertheidigung seiner Gerichtbarkeit lediglich dem Kläger

und

und Provocaten, da doch nicht sowohl dieser, als vielmehr der Probst, als Archidiacon, bey der den Gerichtsstand betreffenden Vorfrage wesentlich interessirt war. Da er officielle Kenntniß von den Ansprüchen des Officialats erhalten hatte; so mußte er seine Rechte selbst wahrnehmen. Sein Stillschweigen setzte aber den Provocaten um so mehr in eine ungünstige Lage, da dem Officialat wenigstens die concurrirende Gerichtbarkeit schwerlich bestritten werden konnte. Freylich hat das Archidiaconal-Gericht die Prävention für sich. Allein wenn es seiner gänzlich in Zweifel gezogenen Gerichtbarkeit sich anzunehmen unterließ; so durfte man ein günstiges Erkenntniß in der Appellationsinstanz nicht leicht erwarten.

Ueberdieß schien auch die Sache selbst nicht richtig eingeleitet zu seyn. Der Pfarrer zu Klarholz zeigte an, daß sein resignirter Amtsvorfahrer gewisse Brüderschafsgelder zwar erhoben, aber nicht, wie sich gebührt hätte, berechnet habe. Daraus mußte kein Proceß gemacht werden, da die richtige Rechnungsführung der Verwalter geistlicher Güter zu einer Officialuntersuchung offenbar geeignet ist. Betrachtet man die Sache aus diesem Gesichtspuncte; so würde die Frage von der Archidiaconal-Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen gänzlich vermieden, und die Zuständigkeit des Archidiacons könnte um so weniger in Zweifel gezogen werden, als ihm nicht nur das gemeine Recht b), sondern auch

b) C. 1. 7. X. de officio Archidiac.

auch die Osnabrückische beständige Wahlcapitulation (§. 6.) in dieser Hinsicht zur Seite stand. Letztere räumt den Archidiaconen die Inspection über die Kirchenrechnungen und was dergleichen seyn mag, wohin die Verwaltung der Brüderschaftsgelder ohne Zweifel mit zu rechnen ist, ausdrücklich ein, und hiernach könnte man vielleicht dafür halten, daß die Sache mit Aufhebung des processualischen Verfahrens zur Archidiaconal-Untersuchung lediglich verwiesen werden müsse. Allein das processualische Verfahren ist einmal von dem Archidiaconal-Gerichte selbst eingeleitet, und so bleibt freylich nichts übrig, als rechtlich zu bestimmen, ob dem Probst zu Klarholz, als Archidiacon, sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als nach der Verfassung der Osnabrückischen Diöcese die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen wirklich zustehe oder nicht?

Untersucht man diese Frage zuförderst nach allgemeinen Grundsätzen; so haben die Archidiaconal-Gerichte, da, wo sie als solche beybehalten worden sind, allerdings sehr viel für sich. Der ältere Besitzstand kann ihnen schwerlich abgesprochen werden. Die Geschichte der kirchlichen Verfassung und des Archidiaconal-Wesens in Teutschland bezeuget, daß die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen in älteren Zeiten mit dem Archidiaconal-Amte in den teutschen Bisthümern verbunden gewesen ist. c) Dieses Zeugniß wird auch durch die

c) Schmidt, Geschichte der Teutschen, Th. 3. S. 260. Pertsch, Abh. von dem Ursprung der Archidia-

die gesetzlichen Bestimmungen des Archidiaconal-Amtes bestätiget, indem nach denselben ein Archidiacon Vicarius Episcopi in omnibus seyn soll d), und es zu seinem Amte gehört audire iurgia singulorum, e) auch von seinen Erkenntnissen an die Bischöfe appellirt werden soll, f) und nach dem im Bisthume Osnabrück angenommenen Tridentischen Concilium g) nur gewisse Sachen von der Archidiaconal-Gerichtbarkeit ausgenommen sind, endlich den Bischöfen die Schmälerung dieser Gerichtbarkeit ausdrücklich untersagt ist. h) Aus diesem allen kann man denn nicht ohne Grund den Schluß ziehen, daß, in den nicht ausgenommenen Fällen die geistliche Gerichtbarkeit der Archidiaconen auch in Streitsachen gesetzlich anerkannt sey.

Zwar wendet man hiergegen ein, daß die angeführten Gesetze eine Archidiaconal-Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen nur unter der Voraussetzung anerkennen, wenn einem Archidiacon die Gerichtbarkeit von dem Bischofe verliehen sey, oder er sie sonst rechtlich hergebracht habe, indem eines Theils die Archidiaconen in älteren Zeiten nur hin

chidiaconen ꝛc. Hauptst. 9. Kreß, Erläuterung des Archidiaconal-Wesens, Cap. 3.

d) C. 1. X. de off. Archidiac.

e) C. 7. §. 1. X. ibid.

f) C. 3. §. 1. de app. in 6to. Concil. Trid. Sess. 22. cap. 7. de reform.

g) Sess. 24. c. 20.

h) C. 2. X. de excessibus Praelator.

hin und wieder Gerichtbarkeit gehabt hätten, andern Theils bestimmte Gesetze i) jene Voraussetzung ausdrücklich enthielten, so daß überall lediglich auf den Besitzstand und das Herkommen zu sehen, folglich von jedem Archidiacon, welcher Gerichtbarkeit, besonders in geistlichen Streitsachen, zu haben behaupte, der Beweis zu führen sey. Hierauf kann aber nicht ohne großen Anschein erwiedert werden, daß das Vorgeben, die Archidiaconen hätten auch in älteren Zeiten nur hin und wieder Gerichtbarkeit gehabt, mit dem Zeugnisse der Geschichte im Widerspruch stehe, und daß die Gesetzstellen, wornach alles auf die Observanz ankommen, im Zweifel aber die Vermuthung gegen die Archidiaconen seyn soll, dasjenige, was man darin zu finden glaube, nicht enthalten, da das c. 5. X. de off. Archidiac. k) auf die Excommunication l) und das c. 10. ibid. m) auf die Klöster sich beziehe, nicht zu gedenken, daß jenes, wenn es auch ganz allgemein zu verstehen wäre, durch die vom Pabste Innocenz III. später gegebene n), (oben bereits angeführte) Beschreibung des Archidiaconal-Amtes

i) C. 5. et 10. X. de off. Archidiac.

k) Archidiaconis non videtur de ecclesiastica institutione licere (nisi auctoritas Episcoporum accesserit) in aliquos sententiam promulgare.

l) S. die Aufschrift des Cap. Archidiaconus de iure communi non potest excommunicare.

m) Archidiaconi in monasteriis iurisdictionem non habent, nisi quantum tribuit eis generalis, vel specialis consuetudo.

n) C. 7. X. de off. Archidiac.

Amtes erläutert werde, und ohnehin, wenn man auch eine Beziehung des c. 5. X. de off. Archidiac. auf die Excommunication nicht annehmen müßte, aus den Worten des Pabstes: Archidiaconis non videtur de ecclesiastica institutione licere, nisi auctoritas Episcoporum accesserit, in aliquos sententiam promulgare, weiter nichts hervorgehe, als was mit der Geschichte völlig übereinstimme, daß nehmlich die geistliche Gerichtbarkeit ursprünglich mit dem Amte der Archidiaconen nicht verbunden gewesen, sondern später erst erworben sey, dadurch aber der historische Satz nicht aufgehoben und widerlegt werde, daß die sämmtlichen Archidiaconen, besonders in den teutschen Bisthümern, in dem Laufe der Zeit die geistliche Gerichtbarkeit erlangt haben.

Aber, sagt man, sie haben sie durch die allgemeine Einführung der Vicariate wieder verloren. Diese haben die Archidiaconate in einigen Diöcesen ganz verdrängt, in anderen auf einen bloßen Ehrentitel beschränkt, so daß diejenigen Archidiaconen, welche sich neben der Concurrenz der Vicariate bey einer gewissen Ausübung des Archidiaconal-Amtes erhalten haben, wegen der durch die Errichtung der Vicariate so sehr veränderten Umstände, die Vermuthung gegen sich haben und daher verbunden sind, den Beweis, daß sie durch Herkommen, Verjährung oder Verleihung die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen beybehalten haben, zu führen.

Wenn man jedoch diejenigen teutschen Bisthümer, wo die Archidiaconen ganz abgekommen oder in einen bloßen Ehrentitel verwandelt worden sind, von

denen

denen unterscheidet, wo dieß offenbar nicht der Fall ist, sondern wo die Archidiaconen zwar die Concurrenz der Vicariate, auch wohl manche andere Einschränkungen sich haben gefallen lassen müssen, übrigens aber dennoch in Amtsthätigkeit geblieben sind; so dürfte wohl gegen diese Archidiaconen die Einführung der Vicariate so wenig eine rechtliche Vermuthung begründen, daß vielmehr von letzteren der Beweis, daß die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen ihnen allein rechtmäßig beygelegt und den Archidiaconen entzogen, nicht aber eine bloße Concurrenz festgesetzt sey, gefordert werden könnte, indem jene die Vermuthung aus ihrem ältern Besitzstande und aus dem gemeinen Rechte für sich haben: aliqua enim vbi adhuc viget Archidiaconorum potestas, potius ex consuetudine mensuram accipit, vbi tamen nil obstat, quin in dubio ius adhuc commune consulatur. o)

Eben so wenig kann man mit hinreichendem Grunde annehmen, daß die Gerichtbarkeit der Archidiaconen in geistlichen Streitsachen durch das Concilium Tridentinum p) aufgehoben sey, da in der unten angeführten Stelle bloß das Visitationsrecht

o) A. Schmidt, Inst. iur. eccl. Germ. Tom. 1. §. 129.

p) Sess. 24. cap. 3. de Reform. Kurze Deduction und Erläuterung von dem Herkommen, Amt und Jurisdiction der Archidiaconorum etc. (Osnabrück 1717.) §. 5.

der Archidiaconen näher bestimmt, in anderen Stellen aber deren Gerichtbarkeit ausdrücklich anerkannt wird.

Diese Gründe scheinen im Allgemeinen beynahe überwiegend zu seyn. Die Facultät nahm aber die entgegengesetzte Meynung, als die richtigere, an, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Den Archidiaconen werde überhaupt nur die geistliche Gerichtbarkeit im Allgemeinen beygelegt, und darunter sey nicht sowohl iurisdictio ecclesiastica contentiosa, sondern vielmehr correctoria zu verstehen, wie denn auch die gemeinen Rechte, insbesondere die c. 1. 2. X. de off. Archidiac. nur eine solche Gerichtbarkeit andeuten, da es ausdrücklich heiße: Archidiaconus delinquentium rationem coram Deo reddituus est — cuncta, quae emendationem indigent, ad vicem sui Episcopi corrigat et emendet.

2) Die meisten Rechtsgelehrten stimmen darin überein, daß die Frage, ob und wie fern den Archidiaconen eine weitere Gerichtbarkeit, insonderheit in geistlichen Streitsachen zustehe, nach allgemeinen Grundsätzen nicht entschieden werden könne: de dignitate, auctoritate et iurisdictione Archidiaconorum nil certi constitui potest, quia varia fuit in variis locis formula constituendae hujus dignitatis: et ita aliquando Archidiaconus iurisdictionem habet, aliquando nec curam animarum, et dicitur simplex personatus, vt verissimum sit, quod certatim omnes Doctores notant, hac in re consuetudi-

tudinem esse sequendam. q) Hiernach komme es also jedesmal auf den Beweis an, daß ein Archidiacon durch Herkommen oder bischöfliche Verleihung die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen hergebracht habe. r)

3) Dieses sey nach Einführung der Vicariate um so mehr erforderlich, als die Bischöfe eben dadurch die den Archidiaconen ehemals anvertraute Gerichtbarkeit wieder an sich zu ziehen gesucht haben, folglich in jeder Diöcese und bey jedem Archidiaconate, selbst da, wo sich dieses Amt mit einiger Gerichtbarkeit erhalten hat, dennoch die Frage entstehe, ob, wie weit und in wiefern ein Archidiacon eine Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen vorher gehabt und nach Errichtung der Vicariate beybehalten oder sonst rechtlich hergebracht habe, indem der Bischof oder sein Official allerdings die allgemeine Vermuthung für sich habe, und nach den in ganz Teutschland mit dem Archidiaconal-Wesen vorgegangenen Veränderungen s) aus den älteren Verhältnissen und Kirchengesetzen nicht beurtheilt werden könne, wie viel von den ehemaligen Archidiaconal-Gerechtsamen bis jetzt noch übrig geblieben sey.

4) Hierzu komme noch in Ansehung der Osnabrückischen Archidiacone, daß, wie die im ersten Vier-

q) Ian. a Costa in Comment. ad Decret. p. 437. ed. Paris. 1676.
r) G. L. Böhmer, Pr. iur. can. §. 159.
s) Kreß, Erläuterung ꝛc. Cap. 2. Kurze Deduction ꝛc. §. 4.

Viertel des vorigen Jahrhunderts gepflogenen Verhandlungen beweisen, t) deren Befugnisse äußerst unbestimmt, ungewiß und bestritten seyen, mithin darauf die ohnehin nicht völlig zuverlässigen allgemeinen Grundsätze mit Sicherheit nicht angewendet werden können.

Die besondere Verfassung der Osnabrückischen Diöcese sollte also entscheiden. Und auch hier schien der Archidiacon zu Klarholz wichtige Gründe für sich zu haben. Denn die noch fortdauernde geistliche Gerichtbarkeit des Osnabrückischen Archidiaconen wird im Allgemeinen nicht in Abrede gestellt; u) ja! sie ist sogar durch kaiserliche Privilegien bestätigt, v) und selbst die Osnabrückische beständige Wahlcapitulation enthält die ausdrückliche Verordnung, daß den Archidiaconen die cognitio causarum ecclesiasticarum ungehindert verbleiben soll, w) wobey das im Eingange des §. 6. berührte Normaljahr 1624 den Archidiaconen in Ansehung der Katholischen nicht entgegen stehet, noch ihnen den Beweis, daß sie auch über diese die geistliche Gerichtbarkeit in gedachtem Jahre ruhiglich ersessen und ausgeübt haben, auflegt, indem die deßfallsige Bestimmung nach dem deutlichen Zusammenhange

t) Kreß, a. a. O. Cap. 5. f.

u) Kreß, a. a. O. S. 60. 157. 171. u. a. Stellen m. Reinharth ad Christin. Vol. 1. obs. 29. p. 63.

v) Kreß, a. a. O. S. 157.

w) Cap. Osnabr. perp. §. 6.

hange mit dem vorhergehenden 5ten §. sich lediglich auf das Verhältniß gegen die Augsburgischen Confessionsverwandten beziehet, wie dann auch die Archidiaconate in der gedachten Capitulation §. 10. überhaupt zu denjenigen Beneficien gezählt werden, welche iurisdictionem ecclesiasticam annexam haben. Ueberdieß ist in einer unterm 24. Sept. 1720 ergangenen und im Drucke erschienenen bischöflichen Verordnung, wornach die Archidiaconi und deren Commissarii sich bey ihrer Gerichtbarkeit, ingleichen die Eingesessenen und Unterthanen sich deshalber zu richten haben, die geistliche Gerichtbarkeit der Archidiaconen ausdrücklich anerkannt, solche auch denselben durch die römische Rota am 29. Januar 1725 in der Maße zugesprochen worden, vt Archidiaconis competeret ius pro causis in eorum archidiaconali iurisdictione promovendis in prima instantia cumulative cum officiali. x)

So scheinbar nun auch diese Gründe seyn mögen; so hat man sie doch nicht für hinreichend gehalten, um den Osnabrückischen Archidiaconen nach der dortigen besondern Verfassung die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen beylegen zu können. Denn die denselben in öffentlichen Schriften sowohl, als in der beständigen Wahlcapitulation, in der bischöflichen Verordnung vom 24. Sept. 1720 und in dem Erachten der Rota Romana vom 29. Jan. 1725 eingeräumte geistliche Gerichtbarkeit ist überall nicht näher bezeichnet, und es scheint darunter eher die iu-

ris-

x) Kreß, a. a. O. S. 184.

risdictio ecclesiastica correctoria, als contentiosa verstanden zu seyn. Die Rota Romana hat selbst anerkannt, daß der §. 6. der beständigen Wahlcapitulation eine genaue Bestimmung der Archidiaconal-Gerichtbarkeit nicht enthalte: in capitulatione Osnabrugensi absolute quicquam non disponi circa iurisdictionem Archidiaconis competentem, sed solummodo eandem enunciari, qua propter eiusmodi enunciativam intelligendam esse comparabiliter cum facultatibus et praerogativis, quae illismet de iure et constitutionibus Synodalibus conveniunt et adaptantur. y) Auch die in der Osnabrückischen beständigen Wahlcapitulation angeführten besonderen Fälle, wornach die Archidiconen gewisse delicta zu bestrafen, die iura amovendi, installandi vel investiendi bey den Kirchen, Inspection über der Kirchen Gebäude und Rechnungen, die Censur contra violatores festorum et coemeteriorum, und was dergleichen mehr seyn mag, hergebracht haben, deuten eine iurisdictionem ecclesiasticam contentiosam keinesweges an. Die bischöfliche Verordnung vom 24. Sept. 1720 geht eigentlich die innerhalb den Grenzen des Fürstenthums Osnabrück befindlichen Archidiaconen an, wie zugleich aus der den Eingesessenen und Unterthanen ertheilten Vorschrift erhellet, und kann daher auf das Archidiaconat zu Klarholz mit Sicherheit nicht angewendet werden. Ueberdieß wird in dieser Verordnung eine Gerichtbarkeit der Osnabrückischen Archidiaconen in geistlichen Streitsachen nicht bestimmt

y) Vers. S. 187.

stimmt anerkannt, sondern hauptsächlich auf die beständige Wahlcapitulation und auf die Synodal-Decrete verwiesen, jene aber enthält über den in Frage stehenden Punct ebenfalls nichts bestimmtes, und diese zeigen in mehreren Stellen nur eine iurisdictionem correctoriam an, indem daselbst meistens bloß von Kirchencensuren und Strafen die Rede ist. z) Eben so wenig gedenket das Responsum der Römischen Rota von 1725, welchem ohnehin eine entscheidende Kraft nicht beygelegt werden mag, der Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen ausdrücklich, sondern bezieht sich ebenfalls auf die Synodal-Decrete. a)

Außerdem war noch in besonderer Hinsicht auf das Archidiaconat zu Klarholz angeführt worden, daß dem Archidiacon daselbst die iurisdictio correctoria unbestritten eingeräumt werde, wornach ihm die Untersuchung und Bestrafung begangener Excesse ohne Zweifel zustehe, zu solchen Excessen aber der Fall allerdings zu rechnen sey, wenn ein Pfarrer die ihm anvertrauten, zu einer milden Stiftung gehörigen Gelder nicht gebührend verwalte, wo dann das Erkenntniß über die Rechnungsablage und allenfallsige Erstattung, als causa connexa, von selbst folge. Sodann sey der Probst zu Klarholz auch im Münsterischen Archidiacon, wo ihm die Gerichtbarkeit in geistlichen Streitsachen überall nicht bestritten werde; daraus aber entstehe auch

z) Kurze Deduction ꝛc. S. 45. f.

a) Kreß, a. a. O. Beyl. S. 187.

auch in Ansehung des Osnabrückischen eine günstige Vermuthung für ihn, zumal da es nicht an Beyspielen der von ihm ausgeübten geistlichen Gerichtbarkeit in dem Kirchspiele Klarholz fehle, zu dessen Beweise ein Auszug aus dem Klarholzischen Synodal-Protokollbuche beygelegt wurde.

Allein von der unbestrittenen iurisdictio correctoria kann auf die iurisdictio contentiosa nicht geschlossen werden, da beyde wesentlich verschieden sind, und wenn gleich der in Frage stehende Fall mehr ein Gegenstand jener, als dieser seyn möchte, so ist er doch jetzt als geistliche Streitsache behandelt worden, weßwegen von der Statthaftigkeit der iurisdictio correctoria in diesem Falle nicht mehr die Rede seyn kann. Ueberdieß ist die dem resignirten Pfarrer zu Klarholz angeschuldigte Vernachlässigung der Brüderschaftsgelder kein eigentlicher Excess, sondern vielmehr, wie schon oben bemerkt ist, ein Gegenstand der Aufsicht über die Verwaltung geistlicher Güter. Uebrigens kann von dem, was dem Probst zu Klarholz im Münsterischen eingeräumt wird, auf dessen rechtliche Verhältnisse in der Osnabrückischen Diöcese keine gültige Folge gezogen werden, zumal da durch einen zwischen dem Bischof zu Osnabrück und der Herrschaft zu Rehda in Bielefeld 1565 geschlossenen Recesse, jenem oder dessen Officiali, die geistliche Gerichtbarkeit in den Kirchspielen Herzebrok, Klarholz und übrigen, beygelegt und vorbehalten worden ist, hiernach aber ein besonderes Verhältniß in der Herrschaft Rehda vermuthet werden muß, wenn gleich eines Theils über den Zweck, Umfang und rechtliche Wirkung jenes Recesses ohne vollständige Einsicht der Urkunde nicht geur-

geurtheilt werden kann, andern Theils derselbe als res inter alios acta dem Probste zu Klarholz nicht zu präjudiciren, oder doch die concurrirende Gerichtbarkeit desselben an und für sich nicht auszuschließen scheint. Was endlich die angeführten Beyspiele betrift, so war aus keinem derselben eine förmliche Handlung der geistlichen Gerichtbarkeit in Streitsachen abzunehmen, so daß auch für den Besitzstand keine erheblichen Gründe aufgefunden werden konnten.

Indessen mußte es dem Probst zu Klarholz doch immer noch freystehen, den Beweis des behaupteten Besitzstandes, oder auch des Rechtsstandes gehörig zu führen und das Officialat zu Osnabrück konnte ihm bey Gelegenheit einer einzelnen Streitsache, die von ihm in Anspruch genommene Gerichtbarkeit nicht absprechen. Nothwendig mußte aber der Probst selbst seine Gerechtsame wahrnehmen. Das Gutachten der Göttingischen Juristen-Facultät gieng also in dem oben erzählten Falle dahin:

daß zwar die Archidiaconal-Gerichtbarkeit des Probstes zu Klarholz in der befragten Sache nach demjenigen, was bisher zu deren Begründung vorgebracht worden, für gegründet nicht zu achten, daß aber demselben, falls er interveniendo einkommen würde, der Beweis der behaupteten Gerichtbarkeit billig annoch nachzulassen, und in dieser Hinsicht in der Appellationsinstanz eine reformatoria wohl noch zu hoffen seyn werde.

V.

Wie sind die Fatalien zu berechnen, wenn remedia electiva eingewendet sind?

§. 1.

In der Regel haben die Parteyen, welche sich durch ein gerichtliches Erkenntniß beschwert halten, unter mehreren Rechtsmitteln, deren sie sich dagegen bedienen können, die Wahl, sind aber verbunden in der zur Einwendung der Rechtsmittel gesetzlich vorgeschriebenen Nothfrist sogleich das gewählte Rechtsmittel namentlich anzuzeigen, und es ist eine Ausnahme von der Regel, wenn sie remedia elective einwenden dürfen. Diese Ausnahme gilt in den hiesigen Gerichten vermöge eines Rescripts vom 27. Jun. 1712 und des Justiz-Reglements von 1718. Die Wahl findet, wenn sonst kein Hinderniß entgegen steht, jederzeit zwischen der Appellation und Supplication statt.

§. 2.

Ursprünglich gieng, wie aus dem angeführten Rescripte erhellet, die Absicht nur dahin, daß die

Procuratoren sich der Freyheit, remedia elective einzuwenden, bloß alsdann sollten bedienen können, wenn sie sich außer Stande befänden, von ihren Parteyen zu rechter Zeit wegen der Wahl eines Rechtsmittels Instruction zu erhalten. Denn sie sind in dem Rescript von 1712 ausdrücklich angewiesen, sobald eine Sache zum Urtheile stehet, von ihren Clienten oder Advocaten sich instruiren zu lassen, was sie, im Fall das Urtheil wider sie ausfiele, vor ein beneficium dawider einwenden, und ob sie appelliren oder suppliciren und leuteriren sollen. Im Fall aber ein Procurator wegen weiter Entfernung der Partey oder des Advocaten oder sonst anderer Ursachen halber deßfalls in Zeiten keine Instruction erhalten könnte, und also in Mangel derselben elective appelliren, leuteriren oder suppliciren wollte; so soll ihm dieses unweigerlich verstattet werden. a)

§. 3.

Das Justiz-Reglement nimmt aber als bekannt an, daß überhaupt die Partеyen oder deren Advokaten und Procuratoren remedia elective einwenden können; nur sollen sie binnen den nächsten 30 Tagen von Publication der Sentenz an, oder in zugelassenen Fällen a die notitiae zu einem oder dem andern Rechtsmittel, bey deren Verlust, sich erklären. b) Und diese Vorschrift ist in der Folge auch auf die Untergerichte erstreckt worden.

Nun

a) Willich, Auszug ꝛc. II. 192.
b) Willich, a. a. O. S. 193.

Nun entsteht aber die Frage: Von welcher Zeit an ist die Nothfrist der Rechtfertigung des gewählten Rechtsmittels zu rechnen?

§. 4.

Bey allen höheren Gerichtshöfen in den Churbraunschweigischen Landen ist zur Einführung und Rechtfertigung der in den Gerichtsordnungen verstatteten Rechtsmittel eine Nothfrist genau vorgeschrieben und überall ist bestimmt, ob sie entweder von der Interposition oder von der Urtheilspublication an zu rechnen sey. c) Nirgends wird aber auf die Wahl der Rechtsmittel und die dazu nachgelassene 30tägige Nothfrist Rücksicht genommen.

Zwar sind die meisten Gerichtsordnungen älter, als die Verordnungen, welche jene Wahl verstatten; aber bey der Ober-Appellations-Gerichtsordnung ist dieß der Fall nicht, und dennoch schweigt auch sie davon, wie es zu halten sey, wenn remedia elective eingewendet sind, sondern bestimmt lediglich den Tag der Interposition zum Termin, von welchem an die Nothfrist der Einführung und Verfolgung der Appellation berechnet werden soll.

§. 5.

c) O. A. GO. Thl. 2. Tit. 2. § 7. Calenb. Canzley-Ordn. Tit. 2. §. 3. Tit. 30. §. 1. Calenberg. Landesconstitut. Tom. 2. S. 364. 365. Calenb. Hofgerichts-Ordn. Tit. 25. Zell. Canzl. Ordn. Art. 36. Zell. Hofger. Ordn. Th. 2. Tit. 1. §. 5. 7. Brem. Hofg. Ordn. Th. 3. Tit. 3. §. 1. 2. ꝛc.

§. 5.

Wenn nun aber Jemand remedia elective interponirt hat; so sollte man glauben, daß die Appellation oder Supplication erst durch die binnen 30 Tagen zu erklärende Wahl ihre rechtliche Existenz erhielte und daß mithin die Nothfrist der Einführung und Rechtfertigung oder der Rechtfertigung allein von dem Tage an zu rechnen sey, wo die Wahl erklärt worden ist. Dieß scheint nicht nur aus der Natur der Sache zu folgen, sondern auch an und für sich nicht unbillig zu seyn.

Die Partey, welcher das Gesetz einen 30tägigen Zeitraum gönnt, um unter den ihr freystehenden Rechtsmitteln zu wählen, hat es in ihrer Gewalt, entweder beym bisherigen Richter mit der Supplication zu bleiben oder sich an einen höhern mit der Appellation zu wenden. Sie mag sich entschließen, wozu sie will; so ist so viel nicht zu läugnen, daß jetzt erst die Appellation oder Supplication in Wirksamkeit tritt, und daß jetzt erst bestimmt werden kann, was für Nothfristen, wie sie nehmlich mit dem einen oder dem andern Rechtsmittel gesetzlich verbunden sind, beobachtet werden müssen. Ihren Lauf von diesem Zeitpuncte an zu berechnen, scheint daher das natürlichste zu seyn.

Die Billigkeit könnte noch hinzufügen, daß demjenigen, der kaum erst wegen des zu verfolgenden Rechtsmittels einen Entschluß gefaßt habe, der Zeitraum, welchen er zu dessen Rechtfertigung bedürfe, um so weniger abzukürzen sey, als sonst die

gesetz-

gesetzlich bewilligte Bedenkzeit nur geringen Werth für ihn haben würde.

§. 6.

Es ist jedoch offenbar, daß durch Verstattung der electiven Einwendung der Rechtsmittel keine neue Nothfrist zur Erweiterung oder Verlängerung der vorher vorgeschriebenen Nothfristen hat eingeführt werden wollen, vielmehr sollte eigentlich nur abwesenden Parteyen eine billige Frist gelassen werden, um ihre Anwälde wegen der Wahl eines Rechtsmittels zu instruiren. Wenn demnach Jemand remedia elective interponirt; so ist es eben so, als wenn er sagte, ich wende die Appellation und Supplication ein, behalte mir aber vor, binnen der gesetzlichen Frist jener zu entsagen und diese zu verfolgen, oder umgekehrt. Beyde Rechtsmittel werden also zur gehörigen Zeit eingewendet; aber nur eins wird wirklich fortgesetzt, und es versteht sich daher von selbst, daß die Nothfrist der Rechtfertigung nicht erst von dem Zeitpunct an, wo bloß das andere, zugleich eingewandte Rechtsmittel aufgegeben wird, gerechnet werden darf.

§. 7.

Auch bezieht sich dasselbe Gesetz, welches die Bedenkzeit von 30 Tagen vorschreibt, ausdrücklich auf die zur Actenrequisition, wie auch, im Fall vor Notar und Zeugen appellirt worden ist, zur Notification der Appellation verordnete gleichzeitige Nothfrist, und hat diese für jene zum Vorbild genommen,

indem

indem es sagt, daß binnen der Zeit von 30 Tagen ohnehin derjenige, der die Appellation zu verfolgen gedenkt, dieselbe dem iudicio a quo pure und unumschränkt zu notificiren und acta zu requiriren verbunden sey. Nun ist es aber bekannt, daß die Nothfrist der Einführung und Rechtfertigung der Appellation von der Notification derselben und von der Actenrequisition ganz unabhängig ist. Indem also der Gesetzgeber jene und die in Frage stehende Wahlfrist gleichstellt; so erklärt er eben damit seine Absicht, durch die verstattete elective Einwendung der Rechtsmittel die bisherigen Nothfristen nicht verändern zu wollen. Hätte dieß dadurch geschehen sollen; so ließe sich leicht voraussehen, daß die gewöhnliche bestimmte Einwendung der Appellation oder Supplication bald ganz oder doch größtentheils außer Uebung kommen, und der electiven Einwendung der Rechtsmittel Platz machen würde, weil die neue Art einen so beträchtlichen Zeitgewinn gewährte und folglich die Dauer der Processe (freylich ohne Noth) verlängerte.

§. 8.

Eben daher findet man auch in der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung keine Spur davon, daß bey der Bestimmung der Nothfrist der Introduction und Prosecution der Appellation auf die electivam interpositionem remediorum Rücksicht genommen wäre. Dieß hätte aber nothwendig geschehen müssen, wenn man einen Unterschied in Ansehung ihrer hätte gelten lassen wollen, d. h. wenn nach der electiven Einwendung der Rechtsmittel die Fatalien an-

ders zu berechnen wären, als in dem Falle, wenn die Supplication oder Appellation sogleich ausdrücklich eingewendet worden ist.

§. 9.

Indessen war die Sache doch immer zweifelhaft, und dadurch wurde die K. Justizcanzley zu Hannover bewogen, einen gemeinsamen Schluß dahin zu fassen, daß auch alsdann, wenn remedia elective interponirt worden sind, die Nothfrist der Rechtfertigung der Supplication oder der Einführung und Rechtfertigung der Appellation von dem Tage der Interposition an zu rechnen sey.

§. 10.

Zur Rechtfertigung der Supplication sind 6 Wochen verstattet. Wer demnach Rechtsmittel elective eingewendet hat und binnen 30 Tagen die Supplication wählt, dem kommen hernach noch 12 Tage zur Einbringung der Rechtfertigungsschrift zu Statten. Auch erhält er eine Fristverlängerung ohne Schwierigkeit. Wenn aber eine Parthey bey einem Amte remedia elective einwendet; so hat sie zur Wahl der Rechtsmittel 30 Tage, zur Einführung der Appellation hingegen nur 28 Tage oder 4 Wochen d), in welchem Falle nichts übrig bleibt, als die Wahl zu anticipiren, um der Gefahr der Desertion des Rechtsmittels zu entgehen. Hier ist freylich

d) Calenberg. Canzley-Ordn. Tit. 2. §. 3.

lich Mangel an Uebereinstimmung in den vorgeschriebenen Nothfristen unverkennbar, und auch beym Ober-Appellations-Gerichte kann ein ähnlicher Fall eintreten. Dieß rührt aber davon her, daß die gesetzlichen Vorschriften zu verschiedenen Zeiten erfolgt sind, ohne daß zugleich die verschiedenen Nothfristen in ein gegenseitiges Verhältniß gesetzt worden wären, und kein Gericht darf deßwegen sich berechtigt halten, den Parteyen eine willkührliche, zur Verzögerung der Processe gereichende Erweiterung der einmal gesetzlich bestimmten Nothfristen zu gestatten.

VI.

Ein landesherrlicher Freybrief befreyt nicht von den Kirchenanlagen.

Die Beyträge zur Bestreitung der Bedürfnisse einer besondern kirchlichen Gesellschaft liegen der Natur der Sache nach den Mitgliedern derselben ob, in so fern nicht Gesetze, Herkommen oder Verträge einem einzelnen Gesellschaftsgliede oder gar einem Fremden bestimmte Verbindlichkeiten in dieser Hinsicht auflegen, wie dieß z. E. bey dem Zehntherrn häufig der Fall ist. Ueberhaupt tritt die Obliegenheit der Mitglieder einer kirchlichen Gemeinde nur alsdann ein, wenn die Kirche keine andern Befriedigungsmittel für ihre Bedürfnisse hat. Sie ist bloß subsidiarisch, trift aber jedes Gemeindeglied, wenn es auch übrigens höchst privilegirt und von allen Lasten befreyt wäre, ohne Unterschied des Standes und der bürgerlichen Rechte, so, daß Jeder zu den Kirchenanlagen vorzüglich für seine Person nach einem

einem billigmäßigen Verhältnisse beyzutragen verpflichtet ist a).

Dieses Verhältniß richtet sich häufig nach dem Besitze liegender Gründe und ist in so fern nicht unbillig, als dadurch hauptsächlich auf die bleibenden Glieder der kirchlichen Gemeinde Rücksicht genommen wird. Daher nimmt man gewöhnlich an, daß von allen in dem Umfange eines Kirchspiels liegenden Häusern und Grundstücken zu den Kirchenanlagen beygetragen werden müsse b), und mit Recht gestattet man hiervon auch den sonst befreyeten Gütern keine Ausnahme c).

Der Streit, ob die Kirchenanlagen zu den Personal- oder Real-Lasten gehören, beschäftigt in den mehrsten Fällen die Sachwalter fast ausschließend, vergrößert die Schriften, und verwirrt die Sache. Die Religionsübung ist doch wohl so sehr persönliche Angelegenheit, daß man die Aufbringung der dazu erforderlichen Kosten nothwendig für eine Personal-Last halten muß. Die Art, wie diese Kosten auf die

a) J. H. Böhmer, ius. paroch. S. 7. c. 3. §. 7. Pufendorf, Obs. iur. univ. T. 1. Obs. 229. G. L. Böhmer, princip. iur. can. §. 597. Struben, Rechtl. Bed. Thl. 4. Bd. 116.

b) Schorch, Sent. et resp. sent. 102. n. 10-12.

c) J. H. Böhmer, l. c. Reinharth ad Christin. vol. 2. obs. 3.

die Gemeindeglieder umgelegt werden, giebt ihnen bisweilen den Anschein einer Real-Last, besonders wenn vermöge der Verfassung auch die Besitzer von Häusern und Grundstücken in dem Bezirke eines Kirchspiels, welche sich zu der herrschenden Kirchengemeinde nicht halten, dennoch mit beytragen müssen. Allein man sieht leicht ein, daß dieß auf ganz anderen Gründen, als auf der Natur einer Real-Last beruhet, oder vielmehr, daß die ursprüngliche Personal-Last erst alsdann Real-Last wird, wenn andere Religionsverwandte Häuser und Grundstücke erwerben, welche vorher Glieder der kirchlichen Gemeinde besaßen und deren Beyträge auf diese ihre Besitzungen vertheilt wurden. Bey der Aufnahme fremder Religionsverwandten, und der ihnen verstatteten Erlaubniß, Grundstücke zu erwerben, wollte man den bisherigen fundum collectabilem nicht vermindern, und so machte man aus der eigentlichen Personal-Last eine Real-Last. Dieß gilt aber offenbar nur, wo es ausdrücklich vorbehalten oder rechtlich hergebracht ist. Die bloße Vertheilung der Kirchenanlagen auf Grundstücke macht sie nicht zur Real-Last. Ihre Entrichtung bleibt dennoch eine persönliche Obliegenheit der kirchlichen Gemeindeglieder.

Landesherrliche Befreyungen, sie seyen Personen oder Grundstücken ertheilt, befreyen von dieser Obliegenheit nicht. Der Landesherr kann nur solche Lasten nachlassen, über die er zu verfügen befugt ist. Die Kirchenanlagen gehören der Kirche, und keines Landesherrn Absicht kann seyn, durch seine Freygebigkeit den Rechten eines Dritten etwas zu

ent-

entziehen d). In diesem Sinne müssen alle, selbst die ausgedehntesten landesherrlichen Freybriefe verstanden werden.

Ein teutscher Landesherr hatte einem städtischen Hause die Befreyung von allen bürgerlichen oneribus et praestandis, wie sie Namen haben mögen, ertheilt, nur allein die Kirchen- und Schuldiener-Gerechtigkeiten, wenn solche darauf haften, ausgenommen. Der Besitzer dieses Hauses verweigerte nun die Entrichtung der Kirchenanlagen, und glaubte, daß die oben bemerkte Ausnahme, da sie bedingt sey, ihm nicht entgegen stehe. Nach der Landes-Observanz seyen die Kirchenanlagen Real-Lasten, sein Haus habe einen ganz allgemeinen Freybrief, folglich können Kirche und Schule nichts an ihn fordern.

Allein seine Gründe wurden als unerheblich verworfen. Selbst, wenn die Kirchen- und Schuldiener-Gerechtigkeiten nicht namentlich ausgenommen wären, könnte die allgemeine Befreyung auf Kirchenanlagen nicht gezogen werden. Denn eines Theils gestand der Besitzer des befragten Hauses ein, Mitglied der kirchlichen Gemeinde zu seyn, seine persönliche Obliegenheit war also keinem Zweifel unterworfen, und daß nach der Landes-Observanz die Kirchenanlagen in der Maaße nur Real-Lasten seyen, daß ein freyes Haus auch den Besitzer von

Ver-

d) Mevius, Dec. P. 3. Dec. 30. n. 3. Dec. 33. n. 6.

Verbindlichkeiten, die in der Regel persönlich sind, frey mache, war nicht erwiesen, andern Theils durfte die landesherrliche Begnadigung nach den oben angeführten Grundsätzen auf die Kirchenanlagen nicht ausgedehnt werden. Damit stimmt denn vollends die in dem Freybriefe enthaltene ausdrückliche Ausnahme überein, wogegen die derselben angehängte Bedingung nicht in Betrachtung kömmt, da die Entscheidung des gemeinen Rechts sie von selbst aufhebt, mithin der Inhaber des befragten Hauses die Vermuthung gegen sich hat, und folglich von ihm, außer jenem Freybriefe, noch ein besonderer Grund der Befreyung von Kirchenanlagen nachgewiesen werden müßte, wenn er von der Einschränkung jener Ausnahme durch die angehängte Bedingung Vortheil ziehen wollte.

VII.

VII.

Von der Zurückforderung veräußerter Pupillargüter.

I. Geschichte der Sache §. 1. II. Geschichte des Processes §. 2. III. Die Einrede der Verjährung kann auch noch im Laufe des Processes vorgebracht, und muß vom Richter suppliert werden, wenn die Thatsache der Verjährung aus den Acten erhellt §. 3. IV. Unbekanntschaft mit der geschehenen Veräußerung hindert die Verjährung nicht, es sey denn, daß der Kläger, die nöthige Kenntniß zu erlangen, sich vor beendigter Verjährungszeit vergeblich bemüht habe §. 4. V. Das Recht, Grundstücke der Minderjährigen, welche ohne Beobachtung der gesetzlichen Form veräußert sind, zurückzufordern, ist nach 5 Jahren, von erlangter Volljährigkeit an, verjährt, ohne Rücksicht, ob der Minderjährige an der Veräußerung selbst Theil genommen hat oder nicht §. 6. VI. Auch entschuldigt in der Regel die Unwissenheit nicht §. 7. VII. Grundstücke der Minderjährigen, die ohne hinreichende Ursachen veräußert sind, können, wenn auch die Form als beobachtet anzunehmen ist, aus diesem besondern Grunde zurückgefordert werden §. 8. VIII. Die hierauf beruhende Klage dauert 30 Jahre §. 9. IX. Anwendung der aufgestellten Grundsätze auf den gegebenen Fall, insonderheit in Ansehung der Verbindlichkeit zur Beweisführung §. 10. X. In wie fern die Veräußerung von Grundstücken Minderjähriger ex capite doli angefochten werden kann §. 11. XI. Von dem Gebrauche des remed. l. 2. C. de rescind. vend. in dem vorliegenden Falle, §. 12.

§. 1.

A. R. in der Herrschaft Jever verlor sehr früh seine Eltern. Als jüngster Sohn war er nach Jeverschem Rechte Erbe der väterlichen Heerdstätte.

Die-

Diese wurde von seinen Vormündern im Jahr 1759 verkauft, als er erst sechs Jahr alt war. Sie seyen, heißt es im Kaufbriefe, zur Beförderung des bessern Vortheils des Pupillen hierzu bewogen worden, weilderselbe von den Renten des Capitals besser erhalten und erzogen werden könne, als vom Ertrag der Grundstücke, und weil er solche Wunden an seinem Leibe habe, daß er schwerlich jemals ein Hausmann werden könne.

Der Kaufvertrag wurde der Regierung zu Jever zur Bestätigung vorgelegt, von dieser dem Präturgericht zur Untersuchung zugeschickt, und darauf die Bestätigung ertheilt. Etwas bestimmtes von der Beobachtung der für Fälle dieser Art vorgeschriebenen gesetzlichen Förmlichkeiten erhellet weder aus dem zu den Acten gebrachten Protocolle des Präturgerichts, noch aus der Bestätigungurkunde der Regierung. Diese bezeugt bloß, es seyen erhebliche Ursachen zu der in Frage stehenden Veräußerung vorgebracht worden.

Der Käufer wurde in der Folge des jungen R. Vormund und hinterließ die erkaufte Heerdstätte nebst Zubehörungen seinen Kindern. Indessen traf die Vorhersagung der Vormünder nicht ein, vielmehr wurde R. ein rüstiger junger Mann, der sich sehr geschickt und eben so geneigt fühlte, das väterliche Gut selbst zu bauen.

§. 2.

Höchst uuzufrieden mit dem Verkaufe desselben, suchte er sich zuförderst die darüber verfaßten Urkun-

den

den zu verschaffen, und trat dann im Jahr 1795 gegen die Innhaber der väterlichen Heerdstätte klagend auf. Er forderte dieselbe gegen Erstattung des bezahlten Kaufschillings zurück: 1. weil bey der Veräußerung die gesetzliche Form nicht beobachtet worden sey; 2. weil keine gesetzliche Ursachen zu derselben vorhanden gewesen, und daher die richterliche Bestätigung ohne hinreichenden Grund ertheilt worden sey; 3. weil seine Vormünder gemeinschaftlich mit dem Käufer die richterliche Bestätigung böslicher Weise erschlichen hätten; 4. weil er weit über die Hälfte verletzt sey.

Der erste, zweyte und dritte Grund bezielte offenbar eine Vindications-Klage wegen Nichtigkeit des Kaufhandels. Der vierte Grund konnte nur das remedium ex l. 2. C. de rescind. vend. bezwecken.

Dem Kläger wurde die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt und zugleich die Wahrheit der von ihm angeführten Gründe gänzlich in Abrede gestellt.

Es kam daher zuförderst darauf an, die Erheblichkeit jener Einrede zu untersuchen, um sodann, falls sie ganz oder zum Theil verworfen werden würde, den Beweispunct gehörig bestimmen zu können.

§. 3.

Die Einrede der Verjährung war nicht zugleich mit der Kriegsbefestigung, sondern erst später vor-

vorgebracht worden. Der Kläger berief sich daher auf die Landgerichts-Ordnung §. 27. wo auf den Fall, wenn die peremtorischen Einreden, nicht zugleich mit der Kriegsbefestigung vorgetragen werden, die Strafe der Präclusion gesetzt ist.

Indessen ergab sich aus der Klage selbst, daß seit dem Verkaufe im Jahr 1759 bis zum Jahre 1795, wo die Klage erhoben wurde, 36 volle Jahre verflossen waren. Es schien daher hart, eine Einrede als verspätet zurückzuweisen, die so großen Anschein für sich hatte. Es wäre auch ungerecht gewesen. Zwar sprachen die Worte des Gesetzes für den Kläger, aber sie konnten der Natur der Sache nach auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden.

Die Thatsache der Verjährung d. i. das von 1759 bis 1795 von dem Kläger beobachtete Stillschweigen ergab sich aus seiner in der Klagschrift enthaltenen Geschichtserzählung selbst. Die Beklagten unterließen es aber, sich gleich bey der Kriegsbefestigung darauf zu beziehen und traten mit der daraus entspringenden Einrede erst später auf. Wie, wenn sie sie gar nicht in Anregung gebracht hätten? — Alsdann mußte der Richter den Mangel von Amts wegen ergänzen. Thatsachen darf zwar kein Richter aus seiner Privatkenntniß in die Acten hineintragen; aber die rechtlichen Folgen aus Thatsachen, die schon in den Acten liegen, zu ziehen, ist seine Pflicht. Darin besteht das nobile officium iudicis, daß so fleißig implorirt wird. „Non dubitandum est, iudicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et

et proferre, quod ſciat, legibus et iuri publico convenire“ a). Und dieſe richterliche Amtspflicht tritt in Anſehung der Verjährung um ſo mehr ein, da die Geſetze ſo ernſtlich verordnet haben, daß alle Klagen, welchen die Verjährung entgegen ſteht, gänzlich erloſchen und abgethan ſeyn, auch nicht weiter in Anregung gebracht werden ſollen b), und eben daher die Einrede der Verjährung bis zum Urtheile hin noch vorgebracht werden könne c).

Wenn alſo der Richter von Amtswegen auf die aus den Acten hervorleuchtende Verjährung Rückſicht nehmen mußte d); ſo war es doch billig, auch die Partey noch mit der darauf gegründeten Einrede zu hören, als ſie ſolche im Laufe des Proceſſes vorbrachte.

Die Vorſchrift der Jeverſchen Landgerichts-Ordnung iſt wörtlich aus dem jüngſten Reichsabſchiede e) genommen, wo gleichfalls die Verbindung aller

a) L. un. C. vt quae deſint advoc. part. iud. ſuppl.

b) L. 3. 4. C. de praeſcript.. 30. v. 40. ann.

c) L. 8. C. de except.

d) Wernher, Obs. T. 1. P. 1. Obs. 294. P. 3. Obs 136. Mevius, P. 4. dec. 22. n. 5. P. 8. dec. 419. Rave, Princ. doctr. de praeſcript. §. 166.

e) R. A. v. 1654. §. 37.

aller peremtorischen Einreden mit der Kriegsbefestigung bey Strafe der Präclusion geboten ist. Dessen ungeachtet nehmen beyde höchste Reichsgerichte auf die aus den Acten von selbst hervorgehende Einrede der Verjährung, auch wenn sie nicht ausdrücklich eingewendet worden ist, von Amtswegen Rücksicht f), und da in der Regel bey den Landesgerichten die Norm des reichsgerichtlichen Processes so viel möglich beobachtet werden soll g); so kann man auch mit Recht annehmen, daß im Zweifel die mit den reichsgerichtlichen Proceßordnungen übereinstimmende Landesgesetze nach den bey den Reichsgerichten angenommenen Grundsätzen zu verstehen sind.

§. 4.

Der Kläger hatte jedoch auf den Fall, daß die Einrede der Verjährung nicht für verspätet geachtet werden sollte, dieselbe dadurch zu entkräften gesucht, daß er behauptete, von dem ordnungswidrigen Verkaufe seiner väterlichen Heerdstätte erst spät einige Nachrichten erhalten zu haben, indem der Käufer derselben nachher sein Vormund geworden sey, und ihn natürlicher Weise von diesem ganzen Handel und dessen wahrer Beschaffenheit nicht unterrichtet habe: wie er denn auch genöthigt gewesen sey, die Heraus-

gabe

f) de Cramer, Obs. iur. univ. T. 3. Obs. 982. (v. Riefel) der Reichshofrath in Justitz-Gnaden und andern Sachen, Thl. 2. S. 325.

g) R. A. v. 1654. §. 137.

gabe des Kaufbriefes durch gerichtliche Hülfe von des Käufers hinterlassener Wittwe zu bewirken.

Dieser Umstand mußte dem Kläger allerdings in so fern zu Statten kommen, als aus den Acten ersichtlich war, daß er schon einige Zeit vor erhobener Klage sich Mühe gegeben hatte, von dem in Frage stehenden Verkaufe eine genauere Kenntniß zu erlangen, und ihm folglich von der Zeit an einige Nachläßigkeit nicht vorgeworfen werden konnte h). War aber vorher die Verjährungszeit geendigt; so stand ihm nicht zu helfen, weil alsdann an ihm allein die Schuld lag, wenn er nicht früher die nöthigen Erkundigungen eingezogen hatte i). Dazu hatte er nach erlangter Volljährigkeit (nach Jeverschem Rechte von seinem 21. Jahr an, also seit 1774) Zeit genug gehabt, und gerade die Versäumung dieser Zeit hat nach dem unverkennbaren Zwecke der Gesetze den Verlust der Klage zur Folge. Seine angebliche Unwissenheit konnte ihn also nicht gänzlich schützen, und es mußte lediglich auf die Verjährungszeit Rücksicht genommen werden, die in Ansehung der verschiedenen von dem Kläger cumulirten Klagen gesetzlich vorgeschrieben ist.

§. 5.

Nach Jeverschen Gesetzen dürfen Grundstücke der Minderjährigen nicht bloß aus Gründen der Noth-

h) Leyser, Med. ad Pand. Vol. 5 Spec. 345. Med. 3.

i) L. 6. D. de iur. et facti ignor.

Nothwendigkeit, sondern auch um des Nutzens der Pupillen willen veräußert werden. Nur ist im letzten Falle, außer der vorläufigen gerichtlichen Untersuchung, die Zuziehung der nächsten Verwandten und der öffentliche Verkauf erforderlich. Daran fehlte es offenbar und die Beklagten ließen es sich endlich gefallen, daß auf die Gründe des Nutzens bey der Entscheidung nicht gesehen werden sollte. Hierdurch kam die Sache in die Lage, daß sie lediglich nach gemeinrechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden, und die Frage übergangen werden konnte, in wie fern bey dem Mangel der in den Landesgesezzen vorgeschriebenen Form dieselbe Verjährungszeit anzunehmen sey, welche das römische Recht in dieser Hinsicht festgesetzt hat.

§. 6.

Der erste Klagegrund beruhete darauf, daß die gesetzliche Form nicht beobachtet, keine gerichtliche Untersuchung, kein decretum de alienando dem Verkaufe vorhergegangen, überhaupt bey demselben keines der gesetzlichen Erfordernisse k) beobachtet sey. Diese Mängel waren allerdings unverkennbar. Allein auf ihre nähere Prüfung konnte es überall nicht ankommen, da in dieser Hinsicht die Verjährung längst eingetreten war. Wollte der Kläger sein Recht aus diesem Grunde geltend machen; so mußte er

k) L. 5. §. 9. 10. 11. L. 11. 12. D. de reb. eor. qui sub. tut. v. cura. L. 2. 6. 12. C. de praed. minor.

er es binnen der ersten fünf Jahre nach erlangter Volljährigkeit thun. „Si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem i. e. post viginti quinque annos connumerandos nihil conquestus est super tali alienatione is, qui eam fecit, minime potest retractari eam, occasione praetermissionis decreti, sed sic tenetur, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata.“ l) Der Kläger hat aber nicht blos 5, sondern 21 Jahre lang seit seiner Volljährigkeit still geschwiegen und muß sich also die rechtliche Folge davon gefallen lassen.

Freylich war er nicht der Verkäufer, denn zur Zeit des Verkaufs war er erst 6 Jahre alt, und das Gesetz spricht von dem, der die Veräußerung vorgenommen hat, si is, heißt es; qui eam (alienationem) fecit, nihil conquestus est etc. Es scheint daher den Kläger nicht treffen zu können. Allein ein Unmündiger kann ja für sich nicht handeln und was sein Vormund für ihn thut, ist in der Regel anzusehen, als hätte er es selbst gethan. m) Das angeführte Gesetz spricht zwar nur von bonis minorum vel adhuc sub curatoribus constitutorum; allein die unmittelbar vorhergehende Gesetzstelle handelt von praediis a tutore alienatis und bezieht sich auf den excursum statuti temporis, der

l) L. 3. C. si maior fac. alien. fact. sine decr. ratihab.

m) I. H. Böhmer, cohsult. et decis. T. 2. P. 1, Resp. 216. n. 28.

der im nachfolgenden Gesetze näher bestimmt ist. Die fünfjährige Präscription hat daher auch alsdann statt, wenn Vormünder im Namen ihrer unmündigen Pflegbefohlnen Grundstücke derselben veräußert haben, und die gesetzliche Form dabey nicht beobachtet worden ist. n)

§. 7.

Gerade auf diesem Umstande, daß die Veräußerungen ohne Wissen der Unmündigen vorgenommen worden, beruhet aber ein anderer Grund, womit man gewöhnlich das fünf- oder mehrjährige Stillschweigen zu entschuldigen und die Einrede der Verjährung zu entkräften sucht — der Vorwand einer gänzlichen Unbekanntschaft mit der wahren Beschaffenheit des während der Minderjährigkeit vorgegangenen Verkaufs. Die Erheblichkeit dieses Vorwandes ist im Allgemeinen bereits geprüft worden, da er aber hauptsächlich gegen die hier entscheidende Gesetzstelle gerichtet zu werden pflegt, und den Beyfall vieler Rechtsgelehrten erhalten hat; o) so muß

er

n) Lauterbach, Diss. ad l. vlt. C. si maior. factus. pos. 18. Stryk, Cons. Hall. T. 1. P. 1. Cons. 255. n. 6. Schmidt, de vindicatione rerum pupillarium ad quinquennium restricta.

o) Brunnemann, ad l. vlt. C. si maior fac. Berger, Oec. iur. l. 1. tit. 4. th. 11. Lauterbach, Coll. theor. pr. Pand. Lib. 27. tit. 9. §. 16. A. L. Hombergk zu Vach, de convalescentia vitiosae alienationis §. 24.

er hier noch in dieser besondern Hinsicht näher beleuchtet werden.

Das Gesetz rechnet die 5 Jahre von der erlangten Volljährigkeit an, und keinesweges von der erlangten Kenntniß der wahren Umstände des Verkaufs. Es giebt also dem Volljährigen einen Zeitraum von 5 Jahren zur Einziehung der nöthigen Erkundigungen. Versäumt er diesen; so tritt das gesetzliche Präjudiz ein — die Veräußerung wird für eben so gültig gehalten — quasi ab intio legitimo decreto res fuisset alienata. Sehr richtig sagt daher J. H. Böhmer: p) „Das quinquennium fängt schlechterdings post viginti quinque annos und nicht a tempore scientiae an, wie aus dem Gesetze mit mehrerem erhellet, zumal was einige interpretes dabey von der praesumta ratihabitione et quod haec scientiam praesupponat, anführen, ganz ohne Grund ist, da nach dem cit. l. f. das quinquennium sonsten a tempore scientiae anfangen müssen, welches aber dem gedachten textui schnurstracks zuwider und ein anderes praescriptio, ein anderes approbatio tacita ist, quod haec, non illa scientiam desideret, widrigenfalls diese exceptio fast durchgehends unbrauchbar seyn würde." Und in der That — der Mißbrauch würde unendlich seyn, wenn man den Vorwand der Unwissenheit so leicht gelten lassen wollte. „Ista limitatione (si sc. minor ignoravit contractus qualitatem, vel dubitavit, an cognitio causae praecesserit, an decretum in-

p) Consult. et Decis. T. 2. P. 1. Resp. 216. n. 27.

terpoſitum) quantopere abutantur litigatores, dici non poteſt. Veniunt nempe, qui iam ante quinque, decem, viginti, triginta, quadraginta annos maiores facti ſunt, res in pupillari aetate venditas vindicant, et quum praeſcriptio quinquennii obiicitur, ſe nunc demum negotii geſti notitiam accepiſſe, reſpondent, ac, ſi dubitatur, iusiurandum offerunt.“ q) Die einzige Ausnahme wird mit Recht zugeſtanden, wenn Einer beweiſen kann, daß er ſich alle Mühe gegeben, die erforderliche Kenntniß zu erlangen, aber ohne ſein Verſchulden ſeinen Zweck nicht erreicht habe. r)

In dieſem Falle befand ſich aber unſer Kläger keinesweges, da ſeit ſeiner Volljährigkeit des quinquennium mehr als dreymal verfloſſen war, ehe er nur anfieng, die nöthigen Erkundigungen einzuziehen, und ſo konnte er nicht vorſchützen, daß er vor dem Ablauf dieſes Zeitraums diejenigen Schritte gethan habe, welche ihn allein gegen den Nachtheil der Verjährung bewahren konnten.

Unter dieſen Umſtänden mußte der Kläger mit der Zurückforderung der während ſeiner Unmündigkeit veräußerten väterlichen Heerdſtätte aus dem Grunde der nicht beobachteten geſetzlichen Form zurückgewieſen werden.

§. 8.

q) Leyſer, Med. ad Pandect. Vol. 5. ſpec. 345. med. 3.

r) Daſ. med. 4.

§. 8.

Er hatte aber noch einen andern Grund für sich angeführt, den nehmlich, daß die Veräußerung ohne hinreichende Ursache geschehen und demnach die gerichtliche Bestätigung derselben aus Irrthum ertheilt sey. Auch um deßwillen, glaubte er, sey jene Veräußerung nichtig und seine Vindicationsklage rechtmäßig. Ob nun gleich die Beklagten auch hiergegen sich der Einrede der Verjährung bedienten; so schien es doch zweifelhafter, als bey dem vorigen Klagegrunde, ob dieselbe wirklich von Erfolg seyn könne, indem dafür gehalten wurde, daß dabey eine andere Berechnung der Zeit zum Grunde gelegt werden müsse.

Die Gesetze, welche dem Kläger das hier von ihm gebrauchte Mittel, die Veräußerung von Pupillar-Gütern anzufechten, darbieten, sind von den wenigsten Practikern gehörig aus einander gesetzt und verdienen daher eine nähere Erörterung um so mehr, als ihr practischer Gebrauch von großer Wichtigkeit ist.

Wenn bey der Veräußerung der Minderjährigen zustehenden Grundstücke die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beobachtet, eine gerichtliche Untersuchung nicht veranstaltet, ein richterliches Decret nicht ertheilt wird; so bleibt doch immer noch die Möglichkeit, daß, auch ohne dieses alles, dem Pupillen kein Schade zugefügt, sondern vielleicht gar dessen Nutzen befördert worden sey. Indessen ist die Beobachtung dieser Form zur Sicherheit der

Min-

Minderjährigen doch immer nothwendig, und ihr Mangel allein berechtigt den, dessen Eigenthum veräußert ist, diese Handlung als nichtig anzufechten, ohne daß es sonst irgend eines weitern Beweises von Unrichtigkeit der angegebenen Veräußerungsursachen, von erlittenem Schaden ꝛc. bedürfte. Wenn aber der Minderjährige nach erlangter Volljährigkeit seines Rechts, die Veräußerung aus diesem Grunde anzufechten, binnen fünf Jahren sich nicht bedient; so ist es Folge seiner eigenen Nachlässigkeit, daß nunmehr der Mangel in der Form nicht mehr geachtet wird, sondern in dieser Hinsicht das ursprünglich nichtige Geschäft vollkommen verbindliche Kraft erlangt, und man hat Ursache, aus seinem Stillschweigen zu vermuthen, daß, des Mangels der gesetzlichen Form ungeachtet, gültige Veräußerungsursachen vorhanden gewesen seyen.

Anders verhält sich aber die Sache, wenn bewiesen werden kann, daß dergleichen Veräußerungsursachen nicht vorhanden gewesen sind. Ist nun auch die gesetzliche Form beobachtet, ein ordnungsmäßiges richterliches Decret ertheilt, oder muß, nach dem darauf sich beziehenden Gesetze, wegen des fünfjährigen Stillschweigens des ehemaligen Eigenthümers, die Veräußerung so angesehen werden, als wäre sie gleich anfangs gültig geschehen — quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata; s) so wird doch durch jenen Beweis gezeigt, daß die Sache selbst sich nicht richtig verhalte, daß der Inhalt des

s) L. f. 3. C. de maior fact.

des Decrets auf falschen Voraussetzungen beruhe, oder daß die Veräußerung, welche nach dem Ablauf des quinquennii als rechtmäßig präsumirt wird, wirklich aus gesetzmäßigen Gründen nicht vorgenommen, mithin, auch ohne Rücksicht auf die Form, in sich selbst nichtig sey.

In dieser Hinsicht enthält das Gesetz, welches dem Prätor die Befugniß beylegt, decreta de alienando zu ertheilen, den ausdrücklichen Vorbehalt des Beweises, daß der Prätor durch falsche Ursachen zur Ertheilung eines solchen Decrets bewogen worden sey. „Quod si forte, heißt es, aes alienum tantum erit, vt ex rebus ceteris non possit exsolvi: tunc Praetor adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari: manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori. t) Etsi Praeses Provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, si, falsis allegationibus circumventam religionem eius, probare possit, Senatus reservavit.“ u)

§. 9.

Dem Pupillen bleibt also, wenn er beweisen kann, daß die der Obrigkeit angezeigten Veräußerungs-

t) L. 1. §. 2. D. de reb. eor. qui sub tut.

u) L. 5, C. de praed. minor. Claproth, iurisprud. extraiud. §. 167.

rungsursachen falsch sind, außer der auf dem Mangel der gesetzlichen Form beruhenden Klage noch eine andere übrig — aber was für eine? — Sie kann entweder auf Wiedererlangung seines Eigenthums, gegen den Besitzer desselben, oder auf Entschädigung gegen die Vormünder, welche die Veräußerung vorgenommen haben, gerichtet seyn. Die Gesetze geben der erstern den Vorzug: „Sed videndum est, sagt Ulpian, vtrum in rem an in personam dabimus ei actionem? et magis est, vt in rem detur, non in personam, adversus tutores vel curatores. v)

Dadurch erhält also der Pupill das Recht, seine veräußerten Grundstücke von dem Besitzer derselben zurück zu fordern. Aber wie lange kann er sich dieses Rechts bedienen?

Das quinquennium, das auf den Fall gesetzt ist, wenn die Veräußerung wegen nicht beobachteter Form angefochten werden will, scheint hieher nicht zu gehören, da das beschränkende Gesetz, welches jenen Zeitraum vorschreibt, lediglich von dem Falle handelt: si quando sine decreto minorum res alienantur, und ausdrücklich sagt, daß nach Ablauf des quinquennii die Veräußerung nur occasione praetermissionis decreti, nicht mehr soll angefochten werden können; hier hingegen der Fall angenommen wird, daß zwar ein Decret ertheilt, aber auf unrichtige Ursachen gegründet sey.

Da

v) L. 5. §. 15. D. de reb. eor. qui sub tut.

Da nun für diesen Fall die Gesetze dem Pupillen im Allgemeinen ein Zurückforderungsrecht seines Eigenthums (eine actionem in rem specialem) beylegen; so wird dasselbe auch nur durch die in der Regel, in diesem Falle, und insonderheit auch bey Gütern der Minderjährigen eintretende Verjährungszeit erlöschen, welche bekanntlich auf 30 Jahre ausdrücklich festgesetzt ist. w)

§. 10.

Wendet man nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Rechtsstreit an; so folgt, daß zwar die an sich nicht hinreichende obrigkeitliche Bestätigung der in Frage stehenden Veräußerung, da Kläger sie binnen fünf Jahren nach erlangter Volljährigkeit nicht angefochten hat, so angesehen werden muß, als wenn ein rechtmäßiges Decret ertheilt worden wäre; daß jedoch dagegen der Beweis der Unrichtigkeit der darin angegebenen erheblichen Ursachen nach zulässig ist. Zwar sind seit der Vollziehung jener Veräußerung bis zur Anstellung der Klage 36 Jahre verflossen. Allein die Pupillarjahre müssen abgezogen werden, x) und da der Kläger im Jahr 1759 sechs Jahr alt war, mithin im Jahre 1767 erst die Pubertät erreichte; so hat er im Jahr 1795 — 28 Jahre nachher — die Klage, von der jetzt die Rede ist, noch zu rechter Zeit angestellt.

Daß

w) L. 3. C. de praescr. 30. v. 40. annor.

x) L. 48. pr. D. de adquir. rer. dom. l. 3. C. quib. non obiic. longi temp. praescr. l. 3. C. de praescr. 30. v. 40. annor.

Daß er den Beweis führen muß, fließt aus der Natur der Sache, obgleich er glaubte, daß ihm der Beweis eines Negativ-Satzes nicht aufgelegt werden könne. Allein so wie das Gesetz selbst den Satz stellt, ist er nicht einmal negativ: obreptum esse Praetori — falsis allegationibus circumventam esse religionem eius. Freylich läuft am Ende der Beweis immer darauf hinaus, daß keine, gesetzmäßigen Veräußerungsursachen vorhanden gewesen seyen. Allein die Regel, daß Niemand einen verneinenden Satz zu beweisen schuldig sey, leidet bekanntlich mehrere Ausnahmen, und hier trift den Kläger eine der wichtigsten — die Beschaffenheit seines Klagegrundes und die ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, die sich auf die für den Richter, und auch für die Vormünder streitende Vermuthung der Genauigkeit und Redlichkeit gründet. „Si minor, maior factus, rem non rite alienatam simpliciter repetere velit, et reus opponat venditionem, qualitatem eius probare debet; sin minor ipsam alienationem, tamquam defectuosam, impugnet, ipse defectum, ceu fundamentum suae intentionis, et quia pro solennitate praesumitur, probare debet.y)

Der Kläger war überdieß der Meynung, daß der erforderliche Beweis bereits in den Acten vor Augen liege. Bey der Abschließung und Bestätigung

y) Lauterbach, Coll. theor. pract. Pand. Lib. 27. tit. 9. §. 9.

gung des Verkaufs sey lediglich von seinem Nutzen die Rede gewesen. Darauf komme es aber nicht an, da die Beklagten selbst einräumten, daß die zu einer gültigen Veräußerung aus dem Grunde des mehreren Vortheils für den Pupillen gehörigen Erfordernisse nicht vorhanden seyen. Einer nothwendigen Ursache sey nirgends gedacht

Allein der Gerichtshof, welcher die Bestätigung ertheilte, berief sich doch auf erhebliche Ursachen, und bey der für ihn eintretenden Vermuthung mußte dem Kläger um so mehr ein besserer Beweis auferlegt werden, da aus dem Kaufbriefe wenigstens so viel hervorgieng, daß die Sicherung seines Unterhalts und der zu seiner Erziehung erforderlichen Kosten ein Hauptbeweggrund der Veräußerung war. Dem Kläger konnte es, selbst nach den in den Acten liegenden Umständen, nicht schwer werden, darzuthun, daß nicht Noth, sondern Rücksicht auf größere Bequemlichkeit seine Vormünder zu dem Verkaufe bestimmt habe. Andere von der Praxis gebilligte Veräußerungsursachen waren ohnehin nirgends berührt.

§. 11.

Der dritte Klagegrund stützte sich auf den dolum des Vormundes und des Käufers. Was des Klägers Anwald eigentlich damit wollte, war von ihm nicht bestimmt angegeben. Die Nichtigkeit der befragten Veräußerung war sein Hauptziel, und dazu war ihm jedes scheinbare Mittel willkommen. Gegen die Vormünder war die Klage gar

nicht

nicht gerichtet, und doch wurden sie hier mit herbeygezogen. Für den Zweck des zweyten Klagegrundes kam es jedoch auf ihren dolum nicht an, und dem Kläger war schon geholfen, wenn er nur zeigen konnte, daß sie die gerichtliche Bestätigung durch Anführung falscher Ursachen bewirkt hätten, gleichgültig, ob sie selbst sich dabey irrten, oder das Gericht absichtlich verleiteten. Konnte auch das letztere bewiesen werden; so war davon für die Hauptsache doch kein weiterer Erfolg zu erwarten; sondern der Kläger begründete dadurch lediglich die actionem tutelae directam gegen seine gewesenen Vormünder, um von denselben nöthigenfalls schadlos gehalten zu werden.

Zwar beschuldigte er auch den Käufer des doli, aber die actio de dolo, die allein ihm aus diesem Grunde seine väterliche Heerdstätte wieder hätte verschaffen können, war längst erloschen, da sie durch einen Zeitverfluß von zwey Jahren verjährt wird. z) Die actio in factum, die 30 Jahre dauert, a) blieb ihm freylich noch übrig; allein mit dieser konnte er nicht die Aufhebung des Verkaufs, sondern allein eine billigmäßige Entschädigung bewirken.

§. 12.

In dieser Hinsicht gewährte ihm aber das zugleich mit angestellte rem. ex l. 2. C. de resc. vend.

bessere

z) L. vlt. C. de dolo malo.

a) L. 28. C. de dol. mal. l. 38. D. de O. et. A. l. 5, §. f. D. de doli et metus except.

bessere Aussichten, dessen 30jährige Dauer, nach Abzug der Pupillarjahre, noch nicht beendigt war, und wobey es lediglich darauf ankam, daß der Kläger die übermäßige Verletzung gehörig bewies, wozu es großen Anschein hatte, da der Kaufpreis in Preussischem, während des siebenjährigen Krieges in Umlauf gesetzten Gelde bezahlt war. Natürlicher Weise mußte es aber der Wahl des Beklagten überlassen bleiben, ob sie das streitige Gut herausgeben, oder den Mangel am Kaufpreis ergänzen wollten.

VIII.

Von den Wirkungen der einer fremden Obrigkeit übertragenen Testaments-Vollstreckung in Rücksicht auf die Gerichtbarkeitsrechte der ordentlichen Obrigkeit, sowohl im Allgemeinen, als insonderheit nach den Grundsätzen der Reichs-Ritterschaft und des kaiserlichen Hofes.

Ein Testirer kann den von ihm ernannten Executoren eine schiedsrichterliche Gewalt übertragen, aber seine Erben ihrem ordentlichen Gerichtsstande nicht entziehen. — Jene Uebertragung ist nur anzunehmen, wenn sie deutlich und ausdrücklich geschehen ist. — Die Reichs-Ritterschaft wird von den Reichsgerichten bey dem Recht der Obsignation, Inventur und Vertheilung der Verlassenschaft eines in reichsständischem Gebiete gestorbenen Mitgliedes geschützt. — Die Testamentsvollstreckung und die gerichtliche Auseinandersetzung können neben einander wohl bestehen. — Reichs-Ritterschaftliche Mitglieder sind nicht verbunden, bloß Personen aus der Reichs-Ritterschaft zu Testaments-Executoren zu ernennen.

Die rechtlichen Wirkungen der Testamentsvollstreckung werden öfters mit solchen Befugnissen, die aus der Gerichtbarkeit fließen, verwechselt, besonders

ders wenn jene Personen übertragen wird, die sonst mit Gerichtbarkeit versehen sind. Daß eine solche Verwechselung manchmal nachtheilige, den Geschäftsgang störende Verwickelungen nach sich ziehen könne, ist leicht vorauszusehen und ein nicht uninteressantes Beyspiel scheint der Fall zu enthalten, der sogleich erzählt werden soll.

Dabey kam es überdieß auf die Frage von der so sehr widersprochenen und so sehr zweifelhaften Exterritorialität der Reichsritterschaft an. Sie auf die Art von Halb-Souverainetät, welche die Reichsritterschaft, gleich den Reichsständen in Anspruch zu nehmen geneigt ist, zu begründen, dürfte wohl bey einer unparteyischen Prüfung keinen Beyfall erhalten. Die Hauptsache ist, daß der Kaiser im ganzen Umfange des Reichs über die Mitglieder der Reichsritterschaft, als ihm unmittelbar unterworfen, alleiniger Richter zu seyn behauptet, und nur eine Ausnahme in Beziehung auf die Dienstverhältnisse der Reichsritter einräumt.

Der Zweck des nachstehenden rechtlichen Gutachtens war nicht, die Ansprüche der Reichsritterschaft und des Kaisers näher zu prüfen, sondern den Anfragenden zu sagen, in wie weit sie nöthigen Falls bey den Reichsgerichten, und insonderheit bey dem kaiserlichen Reichshofrath Hülfe erwarten könnten. Ihre Besorgnisse waren durch folgende Umstände veranlaßt worden:

Das ritterschaftliche Directorium des Ortenauischen Bezirkes hat seit dem, im Jahre 1474 zuerst errich-

errichteten Ritterverein die erste Instanz über die Mitglieder dieses Bezirks beständig hergebracht, und daher auch, bey der durch die letzten Kriegsunruhen veranlaßten Verlegung der reichsritterschaftlich-Ortenauischen Canzley von Kehl nach der Reichsstadt Offenburg, zur Vermeidung aller Unannehmlichkeiten und Jurisdictions-Conflicte, mit dem Magistrate dieser Reichsstadt sich dahin vereinigt, daß

1) wenn ein Ortenauisches Ritterglied oder eine Wittwe eines solchen Rittergliedes mit Hinterlassung minderjähriger oder abwesender Kinder und Erben in einem bürgerlichen, der Gerichtbarkeit des Magistrats der Reichsstadt Offenburg untergebenen Hause verstürbe, die Ritterschaft sich aller Obsignation enthalten und den Magistrat jedesmal schriftlich requiriren wolle, die Sperre vorzunehmen; oder auch die Unterschrift der zu errichtenden Uebereinkunft für eine Requisition ein für allemal gehalten werden solle;

Hingegen 2) die Entsiegelung anders nicht, als auf ausdrückliches Verlangen des Ritter-Directorii und im Beyseyn Jemandens von seinetwegen geschehen soll, welchem die Inventarisation und Ebschaftserörterung allein und ohne Zuthun von Stadtraths wegen zu überlassen wären.

In Offenburg lebte die Wittwe eines Mitgliedes der Ortenauischen Ritterschaft, die Freyfrau v. R. Sie besaß hier ein eigenthümliches Haus, genoß aber für ihre Person den befreyten Gerichtsstand vor dem Bezirks-Directorium. Kurz vor ihrem im

Jahre

Jahre 1798 erfolgten Tode, errichtete sie ein Testament, worin sie ihre beiden Kinder und einen ihrer Neffen, den Freyherrn v. A. zu ihren Erben einsetzte. Sie übergab es dem Magistrat ihres Wohnorts, dem sie zugleich die Vollstreckung desselben übertrug, und dabey verordnete, daß ihr gesammtes Vermögen nach ihrem Tode gerichtlich versteigert, der größere Theil des Erlöses bey der Offenburgischen Stadtcasse deponirt, den Erben eine Bescheinigung darüber ausgestellt, die ganze Summe aber bald möglichst an sichere Gemeinden oder Privatpersonen gegen gerichtliche gleichfalls in der Offenburgischen Stadtcasse aufzubewahrende Pfandverschreibungen ausgeliehen werden soll. Auch wieß sie ihren Haupterben, den Freyherrn v. A. an, wegen verschiedener ihm gemachten Auflagen dem Magistrat zu Offenburg Rechenschaft abzulegen.

Nach dem bald darauf erfolgten Tode der Frau v. R. nahm der Magistrat zu Offenburg die Versiegelung ihrer Verlassenschaft vor, eröfnete ihr Testament und zeigte sich bereit, die ihm ertheilten Aufträge zu erfüllen. Da aber die Verstorbene außer ihrem Hause zu Offenburg und den darin befindlichen Mobilien noch ein Reichsritterschaftliches Gut hinterlassen hatte, welches den größten und ansehnlichsten Theil ihres Vermögens ausmachte; so besorgte das Ortenauische Bezirks-Directorium, daß der Offenburgische Magistrat sich überhaupt einer Gerichtbarkeit über die Verlassenschaft der Frau v. R. anmaßen möchte. Hierdurch veranlaßt, ersuchte es die Göttingische Juristen-Facultät um die Beantwortung folgender Fragen:

I) Ob die Testirerin dadurch, daß sie den Magistrat der Reichsstadt Offenburg zum Vollzieher ihres letzten Willens bestellt hat, diesem die Gerichtbarkeit über ihre Verlassenschaft und die dabey befangenen Personen habe zueignen und dem Ortenauischen Ritter-Directorio seinen in der oben angeführten Stelle des Vertrages mit gedachtem Magistrate in Ansehung der Reseration, Inventarisation und Verlassenschaftserörterung festgesetzten Vorbehalt in Ansehung ihrer Verlassenschaft habe enkräften können?

II) Ob und wie der Stadtrath zu Offenburg Testamentsvollstrecker und das Ritter-Directorium Erbserörterer, folglich auch Richter in den Puncten, welche bestritten werden dürften, seyn könne?

III) Ob nicht vielmehr und durch welche Mittel die ganze Disposition, welche den Stadtrath zum Vollzieher ernennt, zu annulliren sey?

Hierauf wurde folgendes rechtliche Gutachten ertheilt:

Ob nun wohl, was die erste Frage anlanget, aus dem Testamente der Freyfrau v. R. die Absicht derselben nicht undeutlich hervorzugehen scheinet, dem Magistrate der Reichsstadt Offenburg die Sorge für die genaue Erfüllung ihrer letzten Willensverordnung in dem vollesten Umfange, und ohne alle Concurrenz des Ritter-Directorii zu übertragen, indem sie denselben nicht nur überhaupt zum Vollstrecker ihres Testaments ernannt, sondern auch

die

die Hinterlegung eines großen Theils der aus dem Verkaufe ihrer Verlassenschaft eingehenden Gelder in der Offenburgischen Stadtcasse, die Ausleihung derselben unter Aufsicht des Magistrats zu Offenburg, und die Verwahrung der Schuldverschreibungen in gedachter Stadtcasse verordnet, auch den Freyherrn v. A. wegen Befolgung der ihm gemachten Auflagen nur allein dem mehrbenannten Magistrate verantwortlich gemacht hat, solches alles aber die richterliche Einwürkung des Ortenauischen Ritter-Directorii völlig auszuschließen, und vielmehr die Gerichtbarkeit des Offenburgischen Magistrats zu begründen scheint, und, daß dagegen von besagtem Directorio einige gegründete Beschwerde nicht erhoben werden könne, um so mehr dafür gehalten werden dürfte, als eines Theils der Testirerin, wenn sie gleich dem Magistrate zu Offenburg eine eigentliche Gerichtbarkeit über ihre Verlassenschaft und die dabey interessirten Personen nicht hat mittheilen können, a), doch die Befugniß, demselben eine schiedsrichterliche Gewalt zu übertragen und ihren Erben die Verpflichtung, sich solche gefallen zu lassen, aufzulegen, wie solche im allgemeinen jedem Testirer zustehet b), nicht abgesprochen werden zu können scheinen möchte, andern Theils aber ohnehin der Magistrat zu Offenburg auf das forum hereditatis sitae sich berufen und die Grundsätze der teutschen

a) Leyser, Med. ad Pand. T. 7. Spec. 374. Med. 5. 6. etc.

b) Leyser, l. c. med. 7. v. Camer Wechsl. Nebenst. Thl. 37. S. 78.

Reichsstände, wornach sie die Verlassenschafts-Erörterung eines in ihrem Gebiete verstorbenen Reichsritters mit vollem Rechte in Anspruch nehmen zu können glauben c), für sich anführen, auch an die mit dem Ritter-Directorio getroffene Uebereinkunft in diesem besondern Falle, wegen der durch die Disposition der Freyfrau v. R. veränderten Umstände nicht gebunden zu seyn vorschützen könnte;

Dennoch aber und dieweil 1) die verstorbene Freyfrau v. R. zwar wohl berechtiget gewesen, dem Magistrate der Reichsstadt Offenburg die Execution ihres Testaments zu übertragen, wie denn jeder Testirer die freye Wahl hat, wem er dieses Geschäft anvertrauen will d), daraus aber eine Befugniß des Offenburgischen Magistrats, sich die Gerichtbarkeit über die Verlassenschaft der Freyfrau v. R. anzumaßen, keinesweges gefolgert werden kann, indem das Amt eines Testamentsexecutors seiner Natur nach lediglich ein officium privatum ist e), und überall keine Gerichtbarkeit nach sich zieht f);

Auch 2) die von der Testirerin dem mehrbenannten Magistrate, als Testamentsexecutor, ertheilten Aufträge nicht von der Art sind, daß daraus die Ueber-

c) Kerner, reichsritterschaftl. Staatsrecht, Thl. 3. S. 227. f.

d) Claproth, von Testamenten, §. 110.

e) Carpzov, Decis. 159. n. 16.

f) Consil. Tub. Vol. 2. Consil. 52.

Uebertragung einer schiedsrichterlichen Gewalt und eine Verpflichtung der Erben, sich derselben zu unterwerfen, hergeleitet werden könnte, indem dazu die ausdrückliche Uebertragung der Untersuchung und Entscheidung der etwa unter den Erben vorfallenden Streitigkeiten, und der erklärte Wille des Testirers, daß die Erben sich solches gefallen lassen sollen, nothwendig ist g), hiervon aber höchstens darin eine Spur sich zu zeigen scheinen dürfte, daß die Testirerin in Ansehung der dem Freyherrn v. A. an ihre Kinder zu zahlen auferlegten Interessen verordnet hat, derselbe solle darüber bey Niemanden, als den Testamentsexecutoren, sich auszuweisen schuldig seyn, dadurch aber die richterliche Hülfe, wenn der Freyherr v. A. in der Erfüllung der ihm auferlegten Verbindlichkeit säumig seyn sollte, offenbar nicht ausgeschlossen wird, folglich auch die verordnete Ausweisung die Gerichtbarkeit des Offenburgischen Magistrats nicht einmal in diesem einzelnen Puncte begründen kann;

Ueberdieß 3) die unmittelbare Reichsritterschaft die Befugniß, durch die jedesmaligen Ritter-Directoria die Obsignation, Inventur und Vertheilung der Verlassenschaft eines in reichsständischem Gebiete verstorbenen reichsritterschaftlichen Mitgliedes vorzunehmen, überall, wo durch besondere rechtsgültige Verträge oder Gewohnheiten ein anderes nicht eingeführt ist h), hergebracht hat, auch dabey von den höch-

g) Leyser, l. c. med. 7. v. Cramer, a. a. O.

h) Moser, von der Landeshoheit überhaupt Cap. 6.

höchsten Reichsgerichten jederzeit nachdrücklich geschützt worden ist i);

Wogegen 4) auf das forum hereditatis sitae und die darauf begründeteten Ansprüche der Reichsstände niemals Rücksicht genommen, sondern die Befugniß der Ritterdirectorien bey jeder vorgekommenen Gelegenheit standhaft behauptet worden ist, wie denn in einem an den Herzog von Wirtemberg in einem ähnlichen Falle ergangenen Kaiserlichen Rescripte ausdrücklich erklärt wird, der Kaiser könne nicht gestatten, daß der Reichsritterschaftlichen privilegirten Jurisdiction ex capite domicilii, hereditatis sitae, officii, oder wie es sonsten Namen haben möchte, Eintrag geschehe k);

Eben so wenig 5) auf den Besitz eines bürgerlichen Hauses einige rechtliche Ansprüche auf die Gerichtbarkeit über die Verlassenschaft der Freyfrau v. R. gegründet werden können, indem daraus lediglich ein nexus iurisdictionis quoad realia et onera civica folget l);

Bey

5. §. 7. Derselbe von Reichsständen, der Reichsritterschaft rc. B. 3. Cap. 1. §. 146.

i) Wernher, Obs. P. 4. Obs. 64. v. Cramer, Wetzlar. Nebenst. Thl. 97. Abh. 6. Reuß, Staatskanzley, Thl. 16. S. 108. f. Kerner, reichsritterschaftl. Staatsrecht. Thl. 3. S. 226.

k) v. Cramer, a. a. O. S. 114.

l) v. Cramer, a. a. O. S. 130.

Bey welchen Umständen 6) selbst wenn die Absicht der Testirerin, dem Magistrate zu Offenburg eine schiedsrichterliche Gewalt in Ansehung ihrer Verlassenschafts-Erörterung zu übertragen, klar und deutlich vor Augen läge, dennoch die Rechtsgültigkeit einer solchen Verordnung sehr erheblichen Zweifeln ausgesetzt seyn würde, indem dieselbe nicht ohne Grund als eine unstatthafte Verletzung der kaiserlichen höchsten Gerichtbarkeit betrachtet werden dürfte m);

Solchem allen nach 7) der Magistrat der Reichsstadt Offenburg auf keine Weise befugt seyn kann, von der mit dem Ortenauischen Ritter-Directorium getroffenen Uebereinkunft, welche ohnehin nur den schon für sich bestehenden Befugnissen des letztern gemäß ist, und dem Magistrate sogar mehr, als selbst die höchsten Reichsgerichte in ähnlichen Fällen Statt finden lassen, einräumt, in dem gegenwärtigen Falle abzuweichen;

So sind wir bey den ersten Frage der rechtlichen Meynung:

Daß die Testirerin dadurch, daß sie den Magistrat der Reichsstadt Offenburg zum Vollzieher ihres letzten Willens bestellt hat, diesem die Gerichtbarkeit über ihre Verlassenschaft und über die dabey befangenen Personen nicht habe zueignen, und

m) v. Cramer, a. a. O. S. 131. und Thl. 42. S. 3.

und dem Ortenauischen Ritter-Directorio seinen in dem Vertrage mit gedachtem Magistrate in Ansehung der Reseration, Inventarisation und Verlassenschafts-Erörterung festgesetzten Vorbehalt in Beziehung auf ihre Verlassenschaft nicht habe entkräften können.

Wiewohl nun auch in Ansehung der zweyten Frage aus dem bereits angeführten Verordnungen der Testirerin geschlossen werden möchte, daß die dem Magistrate der Reichsstadt Offenburg übertragene Testamentsvollstreckung in der in dem Testamente bestimmten Maße, und die dem reichsrittterschaftlichen Ortenauischen Bezirks-Directorio zustehende gerichtliche Verlassenschafts-Erörterung neben einander füglich nicht bestehen könnten;

Dieweil aber dennoch 1) alles dasjenige, was der Magistrat zu Offenburg, als ernannter Testamentsexecutor, dem Willen der Testirerin gemäß zu vollziehen hat, lediglich darauf sich beziehet, daß den Verordnungen der Testirerin getreulich nachgelebet werde, officium enim executionis in eo consistit, vt testatoris impleatur voluntas n), mithin derselbe das Testament der Frau v. R. gegen etwaige Angriffe zu vertheidigen, den verordneten gerichtlichen Verkauf ihrer Verlassenschaft zu betreiben, die eingehenden Gelder, so weit es nach Vorschrift des Testaments nöthig ist, zu erheben, solche in der Stadtcasse niederlegen und baldmöglichst an sichere Personen ausleihen zu lassen, auch die ausgestellten Schuld-

n) C. 19. X. de testam.

Schuld- und Pfandverschreibungen aufzubewahren schuldig und befugt ist;

Hingegen 2) dieses alles den gerichtlichen Vorkehrungen des Ortenauischen Directorii nicht entgegenstehet, sondern dasselbe, der dem Testamentsexecutor zustehenden Rechte unbeschadet, die Entsieglung der Verlassenschaft, deren Inventur und Vertheilung, so wie den verordneten gerichtlichen Verkauf vornehmen lassen, auch die bey der Auseinandersetzung der Erben allenfalls entstehenden Streitigkeiten schlichten und darüber erkennen kann;

So halten wir in Ansehung der obigen zweyten Frage dafür:

Daß auf die in den Entscheidungsgründen angegebene Art der Stadtrath zu Offenburg gar wohl Testamentsvollstrecker und das Ritter-Directorium Erbserörterer, folglich auch Richter in den Puncten, welche bestritten werden dürften, seyn könne.

Ob gleich ferner, was die dritte Frage betrift, in dem Falle, wenn durch die Ernennung des Offenburgischen Stadtraths zum Executor des von der Freyfrau v. R. errichteten Testaments die reichsritterschaftliche, und sonach mittelbarer Weise selbst die kaiserliche Gerichtbarkeit hätte verletzt oder gar ausgeschlossen werden wollen, die Anfechtung dieses Theils des Testamentes, wenigstens in so weit sie den Gerechtsamen der Ritterschaft nachtheilig gewesen wäre, wohl würde haben Statt finden können;

D. a. u. d. aus den bereits angeführten Gründen die Befugnisse der Reichsritterschaft durch

die

die dem Offenburgischen Magistrate übertragene Testamentsexecution nicht für gekränkt gehalten werden können, sondern diese neben jenen in der bey der zweyten Frage bestimmten Maaße wohl bestehen kann, auch kein rechtlicher Grund vorhanden ist, die den reichsritterschaftlichen Mitgliedern nach gemeinem Rechte zustehende freye Wahl ihrer Testamensexecutoren durch Ausschließung fremder, zur Reichsritterschaft nicht gehöriger Personen zu beschränken;

So ist bey dieser Frage billig dafür zu halten:

daß die Disposition, welche den Stadrath zu Offenburg zum Vollzieher des von R . . . schen Testamentes ernennt, mit Bestande Rechtens nicht angefochten werden könne.

IX.

Ueber ein im Zorn errichtetes Testament.

1. Häufige Unzufriedenheit mit Testamenten und daher entspringende Versuche sie anzufechten, §. 1. II. Gesetze in Beziehung auf das Testament eines Zornigen, §. 2. III. Allgemeine Rechtsregel von Aeußerungen oder Handlungen im Zorne, §. 3. IV. Erforderniß eines im Zorn errichteten Testaments, §. 4. V. Feindschaft, Haß, ꝛc. ist nicht hinreichend, §. 5. VI. Wie der Zorn beschaffen seyn muß, §. 6. VII. Prüfung eines Einwurfs, §. 7. VIII. Beweis, daß ein Testament im Zorn errichtet sey, §. 8. IX. Gegenbeweis der nachherigen Genehmigung, §. 9. X. Dessen Zulässigkeit steht die regula Catoniana nicht entgegen, §. 10. XI. Auch nicht die Meynung, daß die l. 48. D. de R. I. bloß auf Ehescheidungen gehe, §. 11. XII. Worauf der Gegenbeweis gerichtet seyn muß, §. 12. 13. 14.

§. 1.

Nichts ist gewöhnlicher, als daß Leute, die sich in der Erwartung einer Erbschaft durch den unwillkommnen Inhalt eines Testaments getäuscht finden, sich alle ersinnliche Mühe geben, den Willen des Testirers auf eine oder die andere Weise anzufechten. Zuerst wird die äußere Form des Testaments

nach

nach den strengsten Regeln geprüft und wenn daran kein Mangel entdeckt werden kann; so wird der Angriff auf die innern Erfordernisse, auf die persönliche Beschaffenheit des Testirers, auf die Verhältnisse derer die ihn umgeben, insonderheit der begünstigten Erben ꝛc. gerichtet. Man klagt über unverdienten Haß, und verkehrte, unordentliche Gemüthsstimmung des Testirers, über eigennützige Verleitung desselben, und hält sich überzeugt, daß er seinen freyen Willen nicht gehabt habe. Findet man vielleicht gar im Testamente eine Spur von Unwillen gegen die Zurückgesetzten; so ist man bereit zu behaupten, es sey im Zorn errichtet. Selten überdenkt man zum voraus, wie schwer der erforderliche Beweis sey und wie viele Schwierigkeiten man noch bey der Anwendung der Rechte auf den gegebenen Fall antreffen könne. Man überlegt nicht, wie wenig Einigkeit hierüber unter den Rechtsgelehrten herrscht.

§. 2.

Nirgends gedenken die Gesetze ausdrücklich des Testaments eines Zornigen. Die Rechtsgelehrten führen ihn in der Reihe der Rasenden mit auf, weil die Philosophen sagen, der Zorn sey eine vorübergehende Wuth, ein kurzer Wahnsinn. So wenden sie alle Gesetze, die von dem eigentlichen Fall der Raserey handeln, auch auf den Zorn an. Dazu scheinen auch einige Gesetzstellen zu berechtigen, die wenigstens andeuten, daß die Hitze des Zorns die Willenserklärung des Testirers entkräfte. Der Gesetzgeber läßt in dieser Hinsicht die Enterbung eines Kindes gelten, wenn sie nicht aus unüberlegter Hitze,

ſondern aus gerechtem Unwillen geſchehen ſey. „Si filiam tuam, heißt es in der l. 19. C. de inoff. teſtam., eo quod turpiter et cum flagitioſa foeditate vixit, a ſucceſſione tua excludendam putes: ſi non inconſulto calore, ſed ex meritis eius ad id odium incitatus es, poſtremi iudicii liberum arbitrium habebis.“. Iſt daher ein Vater durch unüberlegte Hitze zur Enterbung eines Kindes bewogen worden; ſo kann ſeine Willenserklärung nicht beſtehen, und es tritt alsdann der Fall ein, wo man im Ernſt annehmen kann, was man beym pflichtwidrigen Teſtamente nur fingirt: daß der Teſtirer ſeiner Sinne nicht mächtig geweſen ſey.

§. 3.

Eine andere Geſetzſtelle, auf die man ſich vorzüglich zu beziehen pflegt, ſtellt eine allgemeine Regel auf, welche auf alle Rechtsgeſchäfte paßt. Was im Aufbrauſen des Zorns geſchieht oder geſagt wird, iſt an ſich ungültig, und erhält erſt dann rechtliche Kraft, wenn aus der Beharrlichkeit des Redenden oder Handelnden erhellt, daß es ſein ernſtlicher Wille geweſen ſey a). Dieſer Grundſatz muß allerdings auch von Teſtamenten gelten, bey denen ſo ganz vorzüglich ein feſter, ernſtlicher, wohl überlegter, freyer Wille erfordert wird b). Dieſer fehlt unſtreitig dem Zor-

a) L. 48. D. de R. J.

b) Leyſer, bezieht ſich zum Beweis auf den §. 1. l. de teſtam. mil. (Med. ad Pand. T. 5. ſpec. 352. m. 3. 4.). In dieſem Geſetze wird geſagt: caete-

Zornigen; er kann aber dennoch, wenn die erste Hitze vorüber ist, bey dem bleiben wollen, was er im Zorn gethan oder gesagt hat. Es fragt sich daher: 1) welcher Zustand des Gemüths ist erforderlich, um einen Grad des Zorns anzunehmen, der die Willenserklärung eines Testirers ungültig macht? und 2) wie muß die nachherige Beharrlichkeit beschaffen seyn, aus der man auf eine ernstliche Willenserklärung schließen kann?

§. 4.

Vielleicht hat gerade die Schwierigkeit, die erste Frage genau und bestimmt zu beantworten, und die noch größere Schwierigkeit der Anwendung in einzelnen Fällen, einige Rechtsgelehrte bewogen, den Kno-

caeterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet), dixit [miles] alicui, ego te heredem facio, aut bona mea tibi relinquo; non oportet hoc pro testamento observari. — Leyser wollte damit nur zeigen, wie streng die Gesetze certum deliberatumque animum beym Testiren fordern, da sie bey dem so höchst privilegirten testamento militari dennoch eine solche, übrigens bestimmte Aeußerung nicht als gültig angesehen wissen wollen. Wernher thut ihm daher Unrecht, wenn er dagegen in seinen lect. comment. ad Pand. P. 2. pag. 539. erinnert: „§. 1. J. de militari testam. quam attrahit Leyserus inversam sistit visionem, qua miles ira minime percitus, nec serius, sed, ut sermonibus militum fieri solet, hilaris et forsitan inter pocula jocose agens, ego te heredem facio, est prolocutus.“ —

Knoten dadurch zu zerhauen, daß sie den Satz überhaupt läugneten c). Sie haben die meisten Stimmen der Rechtsgelehrten sammt den Gerichtsgebräuche gegen sich und zwar mit Recht. Es läßt sich allerdings ein solcher Grad von Zorn denken, welcher keine Gewißheit des Willens, die doch das erste und wesentlichste Erforderniß jedes Testaments ist, anzunehmen erlaubt. Und dabey kann nicht bloß Mangel an Ueberlegung, sondern selbst Geistesverwirrung in Betrachtung kommen. Ist das eine oder das andere der Fall; so kann der Testirer unmöglich mit freyem, ernstlichen Willen gehandelt haben, denn er war unfähig, ein richtiges Urtheil über sich selbst und über seine Absichten zu fällen. Freylich, wenn man Unzufriedenheit, Haß, Feindschaft, Unwillen, Unruhe des Gemüths, Ungeduld, aufbrausendes Wesen mit dem Gemüthszustand, der eigentlich Zorn heißt, verwechselt; so muß man nothwendig in eine Verwirrung gerathen, aus der keine Rettung mehr ist.

§. 6.

Feindschaft, Haß, Unwille können der Gültigkeit eines Testaments nicht entgegen gesetzt werden.

Wenn

c) Walch, controv. iur. civ. sect. 2. c. 4. m. 1. §. 4. Deinlein, de testamento irati valido. Altdorf 1747. E. Ch. Westphal, Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen, Halle, 1784.

Wenn gleich die Moral Gesinnungen dieser Art mißbilligt und die Menschen mit Recht tadelt, die sich dadurch leiten lassen; so darf sich doch der äußere Richter darüber kein Urtheil anmaßen, sondern er muß die sonst gültigen Handlungen in ihrer Kraft bestehen lassen. Ein Testament, das in gehöriger Form errichtet ist, kann nicht angefochten werden, wenn man gleich weiß, daß der Inhalt desselben durch Haß und Feindschaft dictirt worden ist. Die Gemüthsstimmung, welche gehäßige und feindselige Grsinnungen gegen Andere veranlaßt, ist zwar nichts weniger, als ruhig oder einer unparteyischen Ueberlegung günstig, aber, wenn sie gleich die Klarheit und Reinheit der Einsichten hindert, so steht sie doch dem vollen Bewußtseyn, der Festigkeit und Bestimmtheit des Willens nicht entgegen. Und wenn nur dieß ist; so muß der Richter sich begnügen. Lassen ja die Gesetze so gar ernstliche Feindschaft als einen Vermuthungsgrund für die stillschweigende Aufhebung einer testamentarischen Verordnung gelten d), und selbst bey einem Vater, der sein Kind enterben will, wird ein Haß, der auf rechtmäßigen Gründen beruhet, nicht gemißbilligt e).

§. 6.

Durch feindselige Gesinnungen, durch Haß, Neid, Unzufriedenheit u. s. w. kann leicht eine aufbrausende Hitze, ein Ausbruch des Zorns verursacht wer-

d) L. 8. §. 11. D. de adimendis leg.

e) L. 19. C. de inoff. testam.

werden. Aber man darf jene fortdauernde Gemüthsstimmung mit dieser vorübergehenden nicht verwechseln. Ein beständiger Zorn könnte nichts anders seyn, als wahre Raserey.

Der Zorn hat aber Grade, und um die Gültigkeit eines Testaments anfechten zu können, muß ein solcher Grad der Leidenschaft dargethan werden, der nicht nur den Erzürnten einzig an den Gegenstand seines Unwillens fesselt, sein Gefühl empört, seinen Verstand verdunkelt, seinen Willen gefangen nimmt, sondern auch seinen Entschluß völlig bestimmt und dessen Ausführung bewirkt und leitet.

Hieraus ergiebt sich, daß eine schnell vorübergehende Hitze nicht hinreicht; daß es nicht genug ist, wenn der Entschluß im Zorn gefaßt wird, die Ausführung aber nachher mit kaltem Blute geschieht. Was im Zorn gesagt wird, wirkt kein Recht und keine Pflicht. Ist aber die Ruhe des Gemüths wieder eingetreten — sey es auch noch so bald nachher, — und wird dann vollführt, was im Zorn beschlossen und gesagt worden ist; so kann auf diesen weiter keine Rücksicht mehr genommen werden. Es ist nur ein ganz neues Geschäft, wobey alles in der Ordnung ist und wovon man glauben muß, daß der Handelnde auch bey kaltem Blute hinreichende Ursache dazu gehabt habe. Ein Ehemann z. B. hat seine Frau zur Erbin eingesetzt. In der Folge geräth er mit ihr in Streit und bald in den höchsten Grad des Zorns, wo er dann erklärt, sein Testament zurückzunehmen und einen andern Erben einsetzen zu wollen. Er thut es aber nicht in der ersten Hitze;

sondern nachdem diese sich gelegt hat, Streit und Zank vorüber und die häusliche Ruhe zurückgekehrt ist, geht er hin und thut, was er im Zorn gedroht hat. Dabey bleibt es auch und vergeblich bemüht sich die in ihrer Hofnung getäuschte Wittwe, das erste ihr günstige Testament geltend zu machen, so lebhaft sie auch den Zorn und die Wuth schildert, die den Verstorbenen verleitet haben soll.

§. 7.

Aber, wendet man ein, ein so hoher Grad von Zorn und eine solche Dauer desselben läßt sich kaum denken. Die ganze Untersuchung ist daher unfruchtbar und ohne Werth. „Quodsi, sagt Wernher, f) ira tanta sit, vt omnem rationis vsum auferat, et plenam mentis abalienationem inducat, tunc dici potest, testamentum, hoc modo conditum, esse nullum. Huius generis rabies interdum ingruit in caede hominum, quae vehementissimo animi impetu et vno momento patratur, sed hoc non contingere solet in testatore, quem cogitatio mortis et reddenda vitae actae ratio suspensum animoque aegrum torquet et qui plerumque vltimam suam voluntatem copiosius exponit.“ Daraus zieht er dann den Schluß, daß in der Regel auch das Testament eines Zornigen gelten müsse, wenn gleich der Tod ihn schnell hinweggeraft habe. Doch giebt er die Möglichkeit einer Gemüthsstimmung zu, welche erforderlich ist, um ein Testament aus dem in Frage stehenden Grunde anzufechten.

Und

f) A. a. O. S. 538.

Und in der That, der Fall ist weder so selten noch so unwahrscheinlich. Gewöhnlich leben die vermuthlichen Erben mit ihrem Erblasser zusammen; wie leicht ist es nicht, im häuslichen Leben in anfangs unbedeutende und oft so folgenreiche Streitigkeiten verwickelt zu werden! Wie lange glimmt bisweilen das Feuer unter der Asche, das bey der ersten Gelegenheit nur desto stärker ausbricht und desto anhaltender ist! Nun drängt die aufs höchste gestiegene Leidenschaft zu einem schnellen Entschluß, der eben so schnell ausgeführt wird. Es ist ein bekannter Zug der menschlichen Natur, daß Handlungen, die zur Befriedigung der Leidenschaft des Hasses und Zornes vorgenommen werden, diese schärfen und unterhalten, und daß dazu nicht selten das innere Gefühl des Unrechts noch mehr beyträgt. Die Zeit, welche die Errichtung eines Testaments erfordert, wird daher nicht leicht etwas dazu beytragen, das Gemüth des Erzürnten zu beruhigen und den bey einer so wichtigen Handlung eintretenden vernünftigern Betrachtungen Raum zu verschaffen.

§. 8.

Dessen ungeachtet ist der Beweis, daß ein Testament im Zorn errichtet sey, immer höchst beschwerlich. Es muß nothwendig dargethan werden, daß der Testirer zur Zeit der Errichtung des Testaments in einer solchen Gemüthsbewegung sich befunden habe, daß er einen freyen und überlegten Entschluß zu fassen nicht fähig gewesen sey. Es wird daher nicht hinreichend seyn, wenn man vielleicht beweisen kann, daß eine Streitigkeit zwischen ihm und denjenigen, die

das Testament anfechten wollen, Statt gefunden habe und darauf das ihnen nachtheilige Testament errichtet sey; sondern es muß gezeigt werden, daß dieses in der dadurch erregten Hitze des Zorns geschehen sey. Doch können vorhergegangene Umstände — Streitigkeiten, Zänkereyen u. s. w. zur Unterstützung des Beweises mit Nutzen gebraucht werden, und zu demselben Zwecke können auch glaubwürdige Nachrichten von dem Character des Testirers, von seiner mehr oder weniger reitzbaren Gemüthsbeschaffenheit, von seinen Gesundheitsumständen, von dem Einflusse, welchen Dritte auf seine Gesinnungen gegen die vermutheten Erben gehabt haben mögen, gar wohl dienen. Aber nie wird der Beweis selbst durch Vermuthungen, die aus dergleichen Umständen etwa hergeleitet werden dürften, seyen sie auch noch so dringend, geführt werden können. Eben so wenig kann derselbe allein auf Aeußerungen des Unwillens, oder selbst harte und beleidigende Ausdrücke im Testamente gegründet werden, ob es gleich möglich ist, daß dieses so ausschweifende und übertriebene Aeußerungen enthielte, welcher anders nicht, als durch einen hohen Grad des Affects, in welchem sich der Testirer befunden haben mußte, erklärt werden können, und wodurch freylich der Beweis gar sehr erleichtert wird.

§. 9.

Ist nun aber auch der Beweis, daß ein Testament im Zorn errichtet sey, wirklich geführt; so bleibt noch immer die schon oben (§. 3.) berührte zweyte Frage übrig, ob nicht solche Umstände eingetreten sind, aus welchen geschlossen werden kann, daß die im Zorne

geäußerte

geäußerte Willensmeynung des Testirers auch bey kaltem Blute unverändert dieselbe geblieben sey. Der Satz ist im Allgemeinen richtig: Was in der Hitze des Zorns geschieht oder gesagt wird, hat an sich keine rechtliche Kraft, und dieser Satz muß ganz vorzüglich bey Testamenten gelten, wo der Verstorbene über die Gewißheit seines Willens nicht mehr befragt werden kann. Allein eben das Gesetz, welches diesen Satz als Rechtsregel aufstellt, fügt auch hinzu, daß die im Zorn erfolgte Willenserklärung rechtliche Kraft erhalte, si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Daher muß demjenigen, zu dessen Vortheil das angefochtene Testament gereicht, der Gegenbeweis in dieser Hinsicht offen bleiben.

§. 10.

Zwar scheint hiergegen die regula Catoniana mit Recht angeführt zu werden, wornach eine einmal ungültige letzte Willensverordnung durch den Zeitverfluß keine verbindliche Kraft erhält, und verschiedene Rechtsgelehrte glauben daher, daß die l. 48. D. de R. I. auf Testamente, die wirklich im Zorn errichtet worden seyen, nicht passe. „Quodsi, sagt Wernher, g) ab irato, omnis rationis experte, confectum esset (testamentum), quod difficillime accidit, ne tractu quidem temporis convalesceret.“ Allein es ist auch nirgends gesagt, daß der Zeitverfluß allein das Testament eines Zornigen

g) A. a. O. S. 539.

nigen gültig mache. Wenigstens folgt dieß nicht aus der angeführten Gesetzstelle, welche deutlich verlangt, daß man bey dem, was in der Hitze des Zornes gethan oder gesagt werde, beharren müsse. Diese Beharrlichkeit besteht nicht bloß darin, daß man einige Zeit hingehen läßt, ohne das Geschehene zu widerrufen, sondern es gehört, dem Begriff des Wortes nach, mehr dazu. Die Catonianische Regel, die ohnehin mancherley aus der Natur der Sache fließende Berichtigungen und Einschränkungen zuläßt, h) steht also hier nicht entgegen.

§. 11.

Unbedeutender ist noch die Einwendung, daß die l. 48. D. de R. I. auf Testamente nicht anwendbar sey, weil sie sich lediglich auf Ehescheidungen beziehe. Am Schlusse wird nehmlich aus dem allgemeinen Satze die Folge gezogen, daß von einer Frau, die sich von ihrem Manne entfernt habe, aber bald wieder zurückkehre, die Absicht einer völligen Trennung der Ehe nicht zu vermuthen sey. Auch ist es richtig, daß die ganze Gesetzstelle, nur weitläuftiger, bey der Lehre von der Ehescheidung i) vorkömmt. Allein der allgemeine Satz ist einmal unter den Rechtsregeln aufgestellt, und es ist so wenig Grund vorhanden, ihn auf Ehescheidungen einzuschränken, daß die Berührung dieses Punctes in dem angeführ-

h) S. den ganzen Titel der Pandecten, de regula Catoniana.

i) L. 3. D. de divortiis.

führten Gesetze nur als Beyspiel betrachtet werden muß.

§. 12.

Indessen führt dieses Beyspiel selbst auf eine Bemerkung, die hier von äußerster Wichtigkeit ist, daß nehmlich die Frage, ob eine Handlung oder Erklärung lediglich einer vorübergehenden Aufwallung des Zorns oder aber einem festen Entschlusse zuzuschreiben sey, nicht bloß nach dem Zeitverfluß, sondern aus zutreffenden Handlungen (factis concludentibus) beurtheilt werden muß. Zwar glaubt Leyser, k) wenn eine nur nicht zu kurze Zeit hingegangen sey und der Testirer habe sein im Zorne errichtetes Testament nicht zurückgenommen; so sey dieß ein hinreichendes Zeichen der erforderlichen Beharrlichkeit. Er führte ein Beyspiel an, wo eine kranke Mutter über einen ihrer Söhne in den äußersten Zorn gerathen war, ihn in der Hitze der Leidenschaft enterbt hatte und zwey Tage darauf starb. Dieß Testament, sagt er, sey ungültig, weil die Beharrlichkeit der Mutter aus dem Zeitverfluß von zwey Tagen nicht genugsam erhelle. Es sey ein längerer Zeitraum nöthig gewesen, und wäre dieser hinzugekommen; so hätte das Testament bey Kräften erhalten werden müssen.

§. 13.

Diese Meynung scheint jedoch keinesweges richtig zu seyn. Es ist wahr, was auch Leyser bemerkt

k) Med. ad Pand. T. 5. spec. 352. med. 4.

merkt, der Zorn kann nicht lange dauern, und häufig geht er in Haß und Feindschaft über, und diese steht der Gültigkeit eines Testaments nicht entgegen. Wie oft geschieht es aber, daß die noch so heftige Aufwallung bald wieder bessern und sanftern Gefühlen weicht? daß gerade der Jähzornige am meisten bereut, was er in der Hitze gesagt oder gethan hat? Wird nun gleich das Geschehene eine Zeit lang nicht zurückgenommen; so kann doch daraus allein die Genehmigung desselben und die Absicht, dabey zu beharren, nicht gefolgert werden. Man schämt sich vielleicht eines scheinbaren Wankelmuths und will eine gute Gelegenheit erwarten, um den übereilten Schritt zurück zu thun; oder man übersieht nicht klar die Folgen dessen, was man gethan hat, oder Krankheit hindert eine ganz freye, unbefangene Ueberlegung, und so bleibt geschrieben, was geschrieben ist. Hier paßt allerdings die Catonische Regel: quod intio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Das im Zorn errichtete Testament gewährt nicht die erforderliche Zuverlässigkeit in Ansehung der Gewißheit des Willens des Testirers, der zur Zeit der Errichtung des Testaments einer freyen und ruhigen Ueberlegung nicht fähig war. Läßt er es nun auch dabey noch so lange bewenden, was bürgt uns dafür, daß das Testament seinen freyen, wahren, ernstlichen Willen enthalte?

§. 14.

Soll ein im Zorne errichtetes Testament rechtliche Kraft erhalten; so muß eine wahre, unzweydeutige Beharrlichkeit dargethan werden. Diese setzt erst-

erstlich voraus, daß der Testirer bey völlig beruhigtem Gemüthe von dem, was er in der Hitze des Zorns gethan, genaue Kenntniß gehabt habe. Die Leidenschaft des Zorns wirkt eine vorübergehende Verdunklung des Verstandes und hindert ein deutliches Bewußtseyn der Handlungen, zu denen sie verleitet. Ist man daher nicht überzeugt, daß er nachher davon gehörig unterrichtet gewesen sey; so läßt sich aus seinem bloßen Stillschweigen kein Schluß für die Genehmigung des Testaments ziehen.

Zu einer wahren, unzweydeutigen Beharrlichkeit gehört überdieß zweytens, daß der Testirer bey kaltem Blute durch Worte oder passende Handlungen zu erkennen gebe, er wolle es bey seiner in der Hitze des Zorns gethanen Willenserklärung bewenden lassen. Nur alsdann kann man sagen: ratum esse testamentum, quia perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse.

Wer über ein im Zorne errichtetes Testament weder durch Worte noch Handlungen sich äußert, von dem bleibt es immer ungewiß, was eigentlich seine Absicht gewesen ist. Vielleicht wollte er es stillschweigend seinem Schicksal überlassen. Ohne völlige Gewißheit des Willens kann aber kein Testament bestehen. Wird hingegen diese auf eine befriedigende Weise verschaft, und ist nur in der Form des Testaments kein Mangel; so kann es allerdings bestehen.

Das Gesetz fordert in dem zum Beyspiel angeführten Falle, daß eine Ehefrau, die ihrem Ehemanne

manne im Zorn den Scheidebrief zugeschickt hatte, von ihm entfernt bleibe, um die Absicht einer Trennung der Ehe annehmen zu können. Von dieser Entfernung konnten ihr bey beruhigtem Gemüthe die Folgen nicht unbekannt bleiben, und so konnte man daraus mit Sicherheit die Festigkeit ihres Entschlusses abnehmen. Soll man eben dieses von einem Testirer glauben können; so muß er sich dergestalt äußern oder solche Handlungen vornehmen, daß daraus die Ueberzeugung entspringt, er habe gewollt, daß sein Testament, wie er es zuerst eingerichtet hatte, bestehen solle, und daß er dasselbe nach einer freyen und ruhigen Ueberlegung völlig genehmige.

X.

In wie fern kann eine objective Novation ohne ausdrückliche Erklärung angenommen werden?

§. 1.

Die objective oder eigentliche Novation geht alsdann vor, wenn eine zwischen gewissen Personen bereits bestehende Verbindlichkeit aufgehoben und an deren Stelle zwischen denselben Personen eine andere eingegangen wird. Nach dem ältern römischen Rechte konnte ein solches Geschäft durch viele und mancherley Vermuthungen dargethan werden. Justinian wollte die hieraus entspringenden Beschwerlichkeiten, Zweydeutigkeiten und Streitigkeiten ein für allemal abschneiden, und setzte fest, daß keine gesetzliche Vermuthung mehr für die Novation gelten, sondern dieselbe lediglich auf dem Willen der Parteyen beruhen sollte, weßwegen es auch künftig nicht nöthig sey, sich in vorkommenden Fällen gegen die Absicht, eine Novation vorzunehmen, ausdrücklich zu verwahren, indem

dem

dem dieses bey jedem Geschäft sich von selbst verstehen solle, und keiner besondern Erklärung bedürfe. a)

§. 2.

Dieser allgemeinen Regel sind verschiedene Umstände, auf welche die älteren Rechte die Vermuthung einer Novation baueten, vorausgeschickt und sammt und sonders mit dem Anhange verworfen, daß überhaupt auf keine der Handlungen mehr Rücksicht genommen werden soll, aus welchen die Urheber des alten Rechts Novationen abzuleiten pflegten. Die namentlich genannten, lediglich auf die objective Novation sich beziehenden Anzeigen oder Vermuthungsgründe, die der neue Gesetzgeber verwirft, sind folgende: wenn bey einem Rechtsgeschäfte eine andere Person hinzu kommt, b) oder ein Pfand gegeben, oder die zuerst angenommene Quantität verändert, oder eine Bedingung oder Zeitbestimmung hinzugefügt oder hinweggenommen, oder endlich eine geringere Sicherheitsleistung angenommen würde. In allen diesen und andern ähnlichen Fällen soll an der zuerst eingegangenen Verbindlichkeit an sich nichts geändert werden, sondern alles beym Alten bleiben und

das

a) L. 8. C. de novationibus: „Generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, vt sine novatione causa procedat, hoc enim naturalibus ineſſe rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.“

b) Nehmlich ein Bürge oder Mitschuldner.

das Neue lediglich als Zusatz betrachtet werden, es sey denn, daß die erste Verbindlichkeit besonders nachgelassen und erklärt worden wäre, daß man lieber an die zweyte, als an jene sich halten wolle. c)

§. 3.

So glaubte nun Justinian seinen Zweck vollkommen erreicht zu haben, und zu mehrerer Sicherheit soll sogar sein Tribonian einige Texte der Pandecten d) verfälscht haben, e) um sie mit dem neuen System in gehörige Harmonie zu bringen. Unglücklicher Weise war vergessen, daß nicht bloß zwischen wahrer und vermutheter, sondern auch zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Novation unterschieden

c) „Si quis vel aliam personam adhibuerit vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere: nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint: quod secundam magis pro anterioribus elegerint.“

d) L. 58. D. de V. O. l. 29. l. 31. §. 1. D. de novat.

e) Dieß beschuldigen ihn vorzüglich Huber und Voet. Vielleicht lassen sich aber diese Texte doch auch nach dem alten System erklären, ohne daß man zu einem so harten Vorwurf seine Zuflucht zu nehmen braucht.

schieden werden kann, wenn gleich gerade hier der Unterschied mehrentheils sehr fein hervorgesucht werden müßte. Genug! jetzt läßt man zwar gelten, daß keine gesetzliche Vermuthung für die Novation mehr Statt finde, sondern vielmehr gegen sie. Aber, sagt man, die Vernunft bezeuget und Paulus f) versichert, daß stillschweigende Verträge so gut wie ausdrückliche gelten, warum nicht auch Novationen? — Daraus folgern dann viele Rechtsgelehrte, daß zu einer Novation nicht gerade eine wörtliche Erklärung erforderlich sey, sondern dazu auch Handlungen hinreichen, durch welche der Wille, eine bestehende Verbindlichkeit aufzuheben und an deren Stelle eine andere zu setzen, zu erkennen gegeben werde. g) Einige treten jedoch dieser Behauptung nur unter der Einschränkung bey, wenn die neu bedungene Verbindlichkeit mit der erstern auf keine Weise bestehen könne, so daß jene diese ihrer Natur nach nothwendig aufheben müsse, ohne daß es deßwegen einer ausdrücklichen Erklärung bedürfe. h) Andere hingegen wollen

f) L. 4. D. de pactis.

g) Gail, lib. 1. obs. 30. n. 3. 4. 5. Mascard, de probat. Concl. 112. n. 20. Menoch. de praesumt. lib. 3. praes. 134. n. 35. sq. Voet. ad Pand. lib. 46. tit. 2. §. 3. Hahn ad Wesenbec. tit. de novat. n. 8. Vinnius ad §. 3. Inst. quib. modis toll. oblig. Leyser, Med. ad Pand. T. 7. Spec. 526. m. 6. Berger, Oec. iur. l. 3. tit. 15. thes. 6. n. 3. Struben, rechtl. Bed. Band 4. Bed. 106. 194.

h) S. insonderh. Mevius, P. 5. dec. 401. Carpzov. P. 2. Const. 23. def. 17. Lauterbach, Coll.

wollen bey der objectiven oder eigentlichen Novation überall keine Vermuthungen oder Schlüsse aus Handlungen zulassen, sondern fordern schlechterdings eine deutliche und bestimmte Erklärung, i) welches sie zum Theil auch auf die uneigentliche subjective Novation oder Delegation erstrecken, wovon jedoch hier die Rede nicht ist, wie denn nothwendig unter diesen beyden Arten der Novation sorgfältig unterschieden werden muß.

§. 4.

Der Erfolg hat nun gezeigt, daß Justinian seine heilsame Absicht nicht erreicht hat, und man wird gern in den Wunsch Carpzovs'k) einstimmen, daß es einem neuen Gesetzgeber gefallen möchte, abermals novationum nocentia corrigere volumina et veteris iuris ambiguitates resecare. l) Indes-

Coll. theor. pr. Pand. l. 46. tit. 2. §. 10. Vergl. Werlhof, de novat. §. 22. Mevius, P. 2. dec. 338. Carpzov. l. c. Const. 19. def. 14. v. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen, Th. 2. S. 221.

i) Wernher. T. 1. P. 5. Obs. 75. Brunnemann, ad l. f. C. de novat. Stryk, de caut. contr. Sect. 4. c. 2. §. 2. et c. 3. §. 1. Hommel, Rhapsod. 560. Walch, Controv. iur. civ. Sect. 3. c. 8. §. 7.

k) L. 5. Resp. 105. num. 18.

l) Die Sächsische und Preußische Gesetzgebung hat dieß zwar gewissermaßen gethan; allein hier ist von einem Bedürfnisse des gemeinen Rechts die Rede.

Indessen scheint die Meynung den Vorzug zu verdienen, welche alle Vermuthungen ausschließt, und nur einem gänzlichen Widerspruch zwischen der alten und neuen Stipulation gleiche Wirkung mit einer ausdrücklichen Willenserklärung zuläßt. Dieser Widerspruch muß sich aber auf das ganze Rechtsgeschäft beziehen, und so beschaffen seyn, daß nur das eine oder das andere bestehen kann. In diesem Falle ergiebt es sich aus der Sache und durch die That selbst, daß die Parteyen durch ihren zuletzt erklärten Willen die vorher eingegangene Verbindlichkeit haben aufheben wollen. Werden nur einzelne Bedingungen abgeändert; so versteht es sich ohnehin, daß im übrigen alles beym alten bleibt, und wenn selbst über das Ganze eine neue Urkunde ausgefertigt würde: so würden dennoch die nicht namentlich aufgehobenen Puncte der älteren Vertragsurkunde ihre verbindliche Kraft behalten, sofern nicht zwischen ihnen und den neuern Bestimmungen ein gänzlicher Widerspruch, oder, wie es die Rechtsgelehrten nennen, eine wahre Incompatibilität eintritt. m) Ist hierbey aber auch nur der geringste Umstand zweydeutig; so muß derjenige, welcher eine Aufhebung der vorigen Verbindlichkeit im Ganzen oder in einzelnen Puncten für sich anführt, den Beweis übernehmen, daß beyde Theile über die Abänderung der bisherigen Verbindlichkeit förmlich einig geworden seyen.

§. 5.

Der in dem nachstehenden rechtlichen Gutachten der Göttingischen Juristenfacultät ent=

m) S. z. E. einen Fall bey Mevius, P. 5. dec. 404.

enthaltene Fall schien in einem Puncte ein Beyspiel einer wirklichen Incompatibilität zu enthalten. Es ließen sich jedoch dagegen sehr erhebliche Zweifel vorbringen, weßwegen nicht völlig günstig hat respondirt werden können. Es wäre leicht gewesen, eine große Anzahl von Rechtsgelehrten für eine dem Anfragenden angenehmere Antwort aufzustellen, wenn man es nicht lieber hätte vermeiden wollen, Erwartungen zu erregen, die eben so leicht nicht befriedigt werden konnten. Die Sitte, pro quaerente zu respondiren, wenn der Wunsch des Fragenden nicht bestimmt dahin geht, bloß die Gründe, die für seine Meynung sich sagen lassen, umständlich ausgeführt zu sehen, kann vielen Schaden thun und der Proceßsucht eine den Parteyen und dem gemeinen Wesen gleich nachtheilige Nahrung geben, und selbst in dem letztern Fall muß nie eine Facultät Grundsätze aus Gefälligkeit vertheidigen, von deren Richtigkeit sie nicht völlig überzeugt ist.

Rechtliches Gutachten.

Als uns eine Geschichtserzählung mit zwey Beylagen zugesandt, und wir darüber unsere Rechtsbelehrung zu ertheilen gebeten worden;

Demnach erachten wir, nach deren fleißiger Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung für Recht:

Der Herr Ober-Hof-Agent F. D. zu C... hat seine Tochter L. an den Banquier zu H..... L. W. P. verheirathet, und dieser ist daselbst im

Jahre 1792 mit Hinterlassung einer Tochter, Namens J., gestorben.

Nach seinem Tode wurde von den bestellten Vormündern des Kindes mit der Mutter desselben sich wegen der Erziehung des Kindes zweymal hinter einander verglichen, und zwar erstlich vor dem Ober-Rabiner und seinen Beysitzern zu A.... am 7. Aug. 1792, und hernach vor der Obrigkeit zu H..... am 10. desselben Monats und Jahres. In dem letztern Vergleiche wurde des erstern nicht gedacht, auch nur der letztere von den Obrigkeiten zu H..... und zu C... als Ober-Vormundsaften confirmirt.

Sind nun in dem erstern Vergleiche der Wittwe und Mutter aus den väterlichen Einkünften des Kindes jährlich 3000 Mark Banco verwilligt worden, mit dem Bedinge, daß sie dagegen

1) alle Erziehungs-Kosten desselben aus ihrem eignen Vermögen bestreiten, und
2) alle Abgaben, welche zu C... an die Obrigkeit und an die Juden-Gemeine von dem Vermögen des Kindes zu leisten seyen, von diesen 3000 Mark entrichten solle.

Ist hingegen in dem letztern confirmirten Vergleiche mit Uebergehung dieser Abgaben im Spho 5. nur festgesetzt worden:

„Die Mutter übernehme die Erziehung und gänz-
„liche Alimentirung des Kindes, bis zu seiner Ma-
„joren-

„jorennität oder Verheytathung, und erhalte da-
„für jährlich 3000 Mark Banco aus den Reve-
„nüen der belegten Capitalien."

Ob nun gleich beyde Theile in diese Abände-
rung des erstern Vergleiches durch ihre Unterschrif-
ten des letztern stillschweigend gewilligt haben, auch
nur den letztern Vergleich allein haben confirmiren
lassen; so entstehen doch jetzt zweyerley Meynungen
darüber unter den Vormündern, und wird daher
gefragt:

Ob die P — sche Wittwe von den bemeldeten
3000 Mark, oder ihre Tochter von dem Er-
trage ihres eigenen Vermögens, die Abgaben
zu C... zu bezahlen schuldig sey?

Ob nun gleich 1) in dem vor dem Ober-Ra-
biner und Assessoren zum jüdischen Gerichte sammt
zwey Deputirten von dem Collegio der Aeltesten
der A — schen Gemeine, und zwey anderen von
den Parteyen benannten unparteyischen Männern am
7. Aug. 1792 errichteten Vergleiche, wodurch der
l. W. P — schen Wittwe die Verbindlichkeit auser-
legt wird, von den ausgesetzten 3000 Mark Banco
nicht nur den Unterhalt und die Erziehung ihrer
Tochter, sondern auch alle zu C... von dem Ver-
mögen derselben zu entrichtende Abgaben zu bestrei-
ten, ausdrücklich festgesetzt ist, daß diesem Vergli-
che, gleich als wäre er ein gerichtliches Erkenntniß,
vollkommen nachgelebt werden und nichts davon zu
Boden fallen soll;

Sodann 2) in dem anderweiten unter obrigkeitlicher Vermittelung und nachher erfolgter Bestätigung am 10. Aug. 1792 zu H..... abgeschlossenen Vergleiche zwar der Erziehungskosten, welche von den besagten 3000 Mark zu bestreiten seyen, der C—schen Abgaben aber nicht gedacht, jedoch auch in Ansehung dieser Abgaben eine ausdrückliche Entsagung oder Remission dem Vergleiche nicht eingerückt worden ist;

Und solchenfalls 3) die Gesetze deutlich verordnen, daß bey der Collision eines ältern und neuern Vertrages, wenn nicht die Aufhebung und Abänderung des erstern bestimmt erklärt worden ist, beyde neben einander bestehen sollen; tunc solum novatio prioris obligationis fit, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioqui et manet pristina obligatio, et secunda ei accedit, ut maneat ex utraque causa obligatio n); et si quis .... quantitatem minuendam esse crediderit, vel conditionem .... detraxerit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautelae innovatur, sed anteriora stant, et posteriora eis accedunt, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint o);

Mit-

n) §. 2. l. quib. mod. toll. oblig.
o) L. fin. C. de novat.

Mithin 4) der bekannten Rechtsregel: pacta noviſſima ſervari oportere p), ungeachtet, die erſte Verpflichtung der P — ſchen Wittwe durch die ſtillſchweigende Uebergehung in dem zweyten Vergleiche vom 10. Aug. 1792 nicht nachgelaſſen zu ſeyn ſcheint, da auch das eben angeführte Geſetz eine ausdrückliche Erklärung des Gegentheils: conventione, quae praeceſſit, ſe uſurum non eſſe, folglich namentliche Aufhebung der erſten Verbindlichkeit fordert;

Hierzu auch 5) noch kömmt, daß die Beſtimmungen der beyden in Frage ſtehenden Vergleiche in Anſehung des ſtreitigen Punctes wohl neben einander beſtehen zu können ſcheinen, in dieſem Falle aber die Rechtsgelehrten darin übereinſtimmen, daß ein ſpäterer Vertrag dem früheren nicht derogire q);

Zumal da 6) in dem gegenwärtigen Falle eigentlich die Remiſſion und Entſagung eines bereits erworbenen Rechtes zum Grunde liegen würde, dieſe aber aber ſo wenig, als die Abſicht zu ſchenken, vermuthet wird, ſondern bewieſen werden muß;

Solchem allem nach es das Anſehen gewinnet, daß die P — ſche Wittwe der zuerſt übernommenen Verbindlichkeit ſich ſchlechterdings nicht entziehen könne;

D.

p) L. 12. C. de pactis.

q) Carpzov. Def. for. P. 2. C. 33. def. 17 Berger, Cons. 619.

D. a. u. d. 1) die in dem ersten Vergleiche enthaltene Verpflichtung, demselben vollkommen nachzuleben und ihn in keinem Puncte zu verletzen, einer von allen Theilhabern freywillig beliebten Abänderung desselben überall nicht entgegen stehet,

und 2) in dem Vergleiche vom 10. Aug. 1792 alle Bedingungen des ersten vollständig wiederholt, und nur die einzige wegen Bestreitung der Abgaben zu C... ausgelassen worden ist;

Daher 3) die sehr dringende Vermuthung entsteht, daß die Vormünder der P—schen Tochter diese Bedingung stillschweigend nachgelassen haben;

Zumal da 4) bey Abschließung des zweyten Vergleiches auch nicht einmal der Existenz des ersten nur mit einem Worte gedacht,

jener aber 5) nicht nur unter Vermittelung obrigkeitlicher Commissarien abgeschlossen, sondern auch mit Beyseitsetzung des ersten allein zur obervormundschaftlichen Bestätigung gebracht worden ist;

Somit 6) die Vermuthung einer beabsichtigten Abänderung des ersten Vergleiches in dem jetzt in Frage stehenden Puncte gar sehr und dergestalt bestärket wird, daß sie wohl als eine äußerst dringende Anzeige des animi novandi angesehen werden mag;

Dergleichen manifestae et urgentes coniecturae aber 7) von den meisten Rechtsgelehrten einer ausdrücklichen Willenserklärung beynahe gleichgeachtet

tet und für hinlänglich gehalten werden, um die Aufhebung einer älteren Verbindlichkeit durch einen neuern Vertrag darzuthun r);

Wenigstens 8) alsdann die Absicht, eine Verbindlichkeit nachzulassen, nicht bezweifelt werden kann, wenn in einem neuern Vertrage etwas festgesetzt ist, wobey der ältere ganz oder zum Theil nicht bestehen kann s);

Dieses aber 9) aus der Vergleichung der beyden vorliegenden Vergleiche nicht undeutlich hervorgehet, wenn man in Erwägung ziehet, daß in dem ersten Vergleiche der P — schen Wittwe die Verbindlichkeit auferlegt worden ist, für Wohnung, Kost, Bedienung, Kleidung, Erziehung und Unterricht ihrer Tochter zu sorgen, daneben alle Abgaben, so zu C... von dem Vermögen dieser Pupillin, es sey an die Aeltesten, oder an die Gemeine der dasigen Judenschaft, oder auch an höchste Landesobrigkeit zu prästiren seyen, zu entrichten, wofür sie überhaupt aus der Nachlassenschaft ihres verstorbenen Ehemannes durch die Vormünder alljährlich 3000 Mark erhalten solle; dahingegen in dem zweyten Vergleiche nur festgesetzt ist, daß die P — sche Wittwe

r) Menochius, de praesumt. l. 3. praes. 134. Christinaeus, Vol. 1. dec. 180. n. 9. et 16. Gail, Lib. 2. Obs. 30, n. 4. in f. Vinnius, ad §. 3. I. quib mod. toll. oblig. n. 7.

s) Carpzov, P. 2. C. 33. def. 17. Mevius P. 5. dec. 404.

we die Erziehung und gänzliche Alimentirung des Kindes übernehme, und dafür jährlich 3000 Mark erhalte, folglich, wenn sie bloß für Erziehung und Unterhalt ihrer Tochter die genannte Summe bekommen soll, es nicht ohne Grund für widersprechend geachtet werden mag, wenn sie von eben dieser Summe noch Abgaben, die auf dem Vermögen der Pupillin haften, bestreiten sollte, da dieselbe doch nach den deutlichen Worten des Vergleiches lediglich als Aequivalent der Erziehungs- und Unterhaltungskosten anzusehen ist;

Solchem allem endlich 10) noch hinzukömmt, daß nach aller Wahrscheinlichkeit der erste Vergleich ohne obervormundschaftliche Genehmigung noch nicht eine vollkommen verbindliche Kraft gehabt hat, und vielleicht eben deswegen bey der Verhandlung vor der Commission mit Stillschweigen übergangen worden ist, mithin um so mehr dem zweyten Vergleiche nachzusetzen seyn dürfte, da dieser ohnehin durch die obrigkeitliche Vermittelung und obervormundschaftliche Bestätigung einen nicht unbedeutenden Vorzug erlangt hat: quod enim apud acta fit, violentius obligat, quam quod privatim t);

Jedoch 11) aller für die P — sche Wittwe streitenden Gründe ungeachtet nicht unbemerkt gelassen werden darf, daß, falls die Sache zur gerichtlichen Verhandlung kommen und durch diejenigen Vor-

t) L. 12. C. de pact. Gothofredus. ad h. l. n. 26.

Vormünder der P — schen Tochter, welche der gegentheiligen Meynung sind, etwa näher erläutert werden sollte, in Ansehung der lediglich zum Grunde liegenden Frage, was eigentlich die Parteyen bezwecket haben, welche unstreitig bloß factisch ist, auf Beweis der absichtlichen Aufhebung der älteren Verbindlichkeit leicht erkannt, und solcher der P — schen Wittwe auferlegt werden dürfte, da die Gesetze sich gegen Vermuthungen in solchen Fällen sehr streng erklären, und eben deßwegen mehrere Rechtsgelehrte gar keine solche Vermuthungen, sie seyen so stark als sie wollen, für zuläßig halten;

So gehet diesem allem nach unsere rechtliche Meynung dahin:

Daß zwar die P — sche Wittwe sehr starke Gründe für sich habe, daß sie von den zur Erziehung und Alimentirung ihrer Tochter ihr ausgesetzten und bewilligten 3000 Mark die Abgaben zu C... zu bezahlen nicht schuldig sey, vielmehr solche aus dem anderweiten Ertrage des Vermögens ihrer Tochter bestritten werden müssen; daß jedoch im Falle einer gerichtlichen Verhandlung alles auf den Beweis einer absichtlichen Abänderung des Vergleiches vom 7. Aug. 1792 in dem streitigen Puncte ankommen dürfte. V. R. W.

XI.

Ueber die Zulässigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe.

Eine junge Wittwe wünschte ihres verstorbenen Ehemannes Bruders Sohn, der mit ihr von gleichem Alter war, zu heirathen. Die nachgesuchte Dispensation fand Schwierigkeiten. Die Göttingische Juristen-Facultät hielt jedoch auf die im Jahre 1799 an sie gerichtete Frage dafür:

daß die eheliche Verbindung der gedachten Wittwe mit ihres verstorbenen Ehemannes Bruders Sohn durch landesherrliche Dispensation wohl verstattet werden könne.

Zwar stand dieser Meynung das in den Mosaischen Ehegesetzen a) enthaltene ausdrückliche Verbot der

a) Levit. XVIII. 14. u. XX. 20.

der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe entgegen, und wenn jene Gesetze, als allgemeine, die ganze Menschheit, oder wenigstens die gesammte Christenheit verpflichtende, göttliche Vorschriften zu betrachten wären; so würde das Dispensations-Recht des menschlichen Gesetzgebers, besonders in Ansehung der namentlich ausgedrückten Fälle, allerdings mit mehreren Gelehrten b) für unstatthaft zu halten seyn.

Allein, dieser unstreitig sehr erhebliche Zweifel verschwindet, wenn man erwägt, daß die Mosaischen Ehegesetze, als positive göttliche Gesetze nur dem jüdischen Volke bekannt gemacht worden sind, und daß deren ursprüngliche Bestimmung für dieses Volk allein aus einer Menge bloß localer und particulärer Beziehungen und Gründe deutlich erhellet c), weßwegen sie als allgemeine positive Gesetze Gottes nicht betrachtet werden können d).

Auch kann aus dem göttlichen Ursprunge der Mosaischen Ehegesetze ein besonderer Grund der verbind-

b) Gerhard, de coniugio n. 290. G. L. Böhmer, Pr. iur. can. §. 390. I. H. Böhmer, Ius. eccl. Protest. L. 4. tit. 14. §. 49. seq. Ayrer, de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita Sect. 3. §. 10. Sect. 4. §. 9. 10.

c) Michaelis, Mosaisches Recht Thl. 2. §. 108. f. Dess. Abh. von den Ehegesetzen Mosis §. 42. f.

d) Ayrer, de iure dispensandi etc. Sect 3. §. 4. seq. Michaelis, von den Ehegesetzen Mosis §. 22. f.

bindlichen Kraft derselben für die Christen nicht hergeleitet werden, da das Christenthum keinesweges als ein verbessertes Judenthum anzusehen ist, noch die dem jüdischen Volke gegebenen göttlichen Gesetze für die Bekenner der christlichen Religion aus diesem Grunde verpflichtend sind, wie solches selbst in der heiligen Schrift e) ausdrücklich erklärt, und von den angesehensten Gottesgelehrten und Rechtsgelehrten f) aus den triftigsten Gründen dargethan und anerkannt worden ist.

Die Mosaischen Ehegesetze gelten daher unter den Christen allein vermöge einer allgemeinen Reception g), und müssen folglich in die Classe aller übrigen in dem Staate geltenden positiven gemeinen Rechte, unter welchen sie bloß der Regel nach bey der Anwendung die ersten sind h), gesetzt werden, welchemnach in einzelnen Fällen aus hinlänglich gegründeten Ursachen von denselben wohl dispensirt werden kann, indem ihr verpflichtender Grund lediglich in dem

e) Matth. Cap. 26. v. 28. Luc. Cap. 6. v. 5.

f) Brückner, decis. matrim. p. 282. seq. Schott, Anleitung zum Eherecht, §. 113. Note **) Gabler, Theolog. Gutachten über die Zulässigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe, (Nürnberg 1797.) §. 3 4. 5. Schnaubert, Kirchenrecht der Protestanten §. 61. Klein, Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät B. 1. S. 82. f.

g) Schott, Eherecht §. 49.

h) Nettelbladt, von den wahren Gründen des protestantischen Kirchenrechts, Abth. 1. §. 5.

dem Willen der sie recipirenden gesetzgebenden Gewalt liegt, welche auch hier von ihrem Dispensations-Rechte Gebrauch zu machen, wohl befugt ist i).

Zu diesem allen kömmt noch, daß die Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe zu denjenigen ehelichen Verbindungen nicht gehört, welche mit der allgemeinen und absoluten Mißbilligung des göttlichen Gesetzgebers bezeichnet und schlechterdings untersagt sind. Sie ist vielmehr bloß aus particulären Gründen verboten, und wird, wenn sie einmal geschlossen ist, zwar bestraft, aber nicht wieder getrennt, mithin von dem höchsten Gesetzgeber selbst tolerirt k). Dergleichen Eheverbote aber sind für dispensabel allerdings zu achten l).

Auch kann eine solche Dispensation um so weniger Bedenken finden, da Gott selbst unter den Israeliten von dem Verbote der Ehe mit des Bruders Wittwe, folglich in einem noch näherern Verwandschaftsgrade, nicht nur dispensirt, sondern sogar die Leviratsehe bürgerlich befohlen hat m).

In

i) Leyser, Med. ad Pand. Spec. 292. med. 6.

k) Michaelis, Mosaisches Recht §. 116. Dess. Abh. v. d. Ehegesetzen Mosis §. 76.

l) Baumgarten, Theolog. Bed. Samml. 5. St. 27. Samml. 6. St. 42. Michaelis, von den Ehegesetzen Mosis §. 120. f. Niemeyer, de dispensat. in coniug. proh. §. 29. 30. 31. Gabler, in dem angef. Theolog. Gutachten § 7. f.

m) Michaelis, Mosaisches Recht §. 112.

In dem vorliegenden Falle konnte übrigens auch daraus noch ein Zweifel entstehen, daß zwischen der Wittwe und ihres verstorbenen Ehemannes Bruders Sohn der sogenannte respectus parentelae eintrat, in welcher Hinsicht von verschiedenen Gelehrten behauptet wird, daß, wenn die natürliche Superiorität einer Person durch die Ehe gekränkt werde, die Ehe selbst eine innere Unrechtmäßigkeit habe und daher nicht zugelassen werden könne.

Da jedoch eines Theils der aus dem sogenannten respectu parentelae entspringenden vorzüglichen Achtung entsagt werden kann, andern Theils in dem hier obwaltenden Verwandschaftsverhältnisse diese vorzüglichere Achtung ohnehin nicht in einem moralischen Gesetze, sondern mehrentheils in der Verschiedenheit des Alters und des gesellschaftlichen Umganges, welche beyde Gründe in dem gegenwärtigen Falle nicht eintreten, zu suchen ist; so kann auch in dieser Hinsicht die Dispensation ohne Bedenklichkeit ertheilt werden n).

Auch ist dieses bereits in vielen vorgekommenen Fällen, mit Beyfall der Theologen sowohl, als der Rechtsgelehrten, geschehen o).

n) Niemeyer, l. c.

o) Baumgarten, theolog. Bed. Samml. 6. S. 229. f. Niemeyer, Disp. de coniugio cum patrui uxore. Brückner, Decis. matrim. p. 227. Gabler, a. a. O. u. a. m.

XII.

Ein unter Geschwistern verordnetes Fideicommiß erstreckt sich nicht auf deren Kinder.

§. 1.

Der C. R. G. zu B. setzte seine vier Kinder in gleiche Theile zu Erben seiner Verlassenschaft ein, untersagte ihnen aber die Veräußerung ihres väterlichen Erbtheils und verordnete, daß wenn eines derselben ohne Leibeserben versterben würde, es den übrigbleibenden Geschwistern zu ihrer mehreren Sustentation sein Erbtheil, als ein Fideicommiß, überlassen sollte. Sämmtliche Geschwister ließen sich diese Verordnung gern gefallen. Von ihnen starb zuerst der jüngste Bruder mit Hinterlassung eines nach dem Tode des C. R. G. gebornen Sohnes; in der Folge der älteste Bruder ohne Leibeserben. Nun nahmen die beyden überlebenden Geschwister das Fideicommiß in Besitz. Der Vormund des Bruders Sohnes verlangte aber nicht nur für diesen den dritten Theil desselben, und klagte, nach vergeblichem

Ver-

Versuch der Güte, auf dessen Herausgabe, sondern er behauptete auch, daß sein Curande selbst auf den väterlichen Erbtheil der Beklagten fideicommissarische Ansprüche habe, und drang deßwegen auf hinreichende Sicherheitsleistung.

§. 2.

Der Kläger war der Meynung, daß die väterliche Disposition ein Familen-Fideicommiß enthalte, auf alle Fälle aber seinem Curanden mit zu Statten kommen müsse, da derselbe eines Theils die Vermuthung der großväterlichen Liebe und Vorsorge für sich habe, andern Theils in dem Testamente der Ausdruck, Geschwister, bloß in Beziehung auf das Verwandtschaftsverhältniß dieser unter einander gebraucht sey, hingegen in Rücksicht auf den Testirer eben so viel, als der Ausdruck Kinder bedeute, unter Kindern aber nach der ausdrücklichen Entscheidung der Gesetze a) alle Descendenten zu verstehen seyen.

§. 3.

Die Gründe des Klägers wurden jedoch nicht für erheblich gehalten, sondern die Beklagten von der Klage entbunden. Die Meynung, daß ein Familien-Fideicommiß vorhanden sey, hatte nicht das gering-

a) L. 220. D. de V. S.: „Liberorum appellatione nepotes et pronepotes, caeterique, qui ex his descendunt, continentur.“

geringste für sich. Der Testirer wollte offenbar nur, daß die Geschwister unter einander zu ihrer bessern Sustentation ihr väterliches Erbtheil sich hinterlassen sollten, falls einer oder der andere ohne Leibeserben sterben würde (§. 1). Wo dieser Fall nicht eintrat, war von dem Fideicommiß ohnehin die Rede nicht. An ein auf alle seine Descendenten sich erstreckendes Fideicommiß hatte der Testirer offenbar gar nicht gedacht, indem er lediglich für den bessern Unterhalt seiner nächsten Descendenten sorgen wollte.

§. 4.

Die künstliche Erklärung des Wortes: Geschwister, in so fern es mit dem Worte: Kinder, in Beziehung auf den Vater, gleichbedeutend seyn sollte, konnte eben so wenig Beyfall erhalten. Der Vater wollte seinen Kindern, als Geschwistern, eine gegenseitige Verbindlichkeit auflegen, nicht seinen Abkömmlingen auf ewige Zeiten. Hätte er dieses gewollt; so mußte er seine Absicht auf eine ganz andere, deutlichere und bestimmtere Weise ausdrükken. Seine wörtliche Erklärung, daß die Geschwister einander fideicommissarisch substituirt seyn sollten, ließ daher keine Ausdehnung auf deren Kinder oder seine Enkel zu, indem die Gesetze ausdrücklich verordnen, daß man bey Testamenten und deren Erklärung lediglich bey den Worten des Testirers stehen bleiben solle, wenn nicht deren offenbare Zweydeutigkeit eine nähere Bestimmung nach den gesetzlichen Vermuthungsgründen nothwendig ma-

che b). Dieß war aber hier unstreitig der Fall nicht.

§. 5.

Auch wollen die Gesetze, daß fideicommissarische Dispositionen von namentlich ausgedrückten Personen auf andere, weder überhaupt, noch in Ansehung gewisser, Einzelnen bestimmten Antheile, ausgedehnt werden sollen c), zum deutlichen Beweise, daß man ohne die dringendsten Ursachen von dem wörtlichen Sinne einer letzten Willenserklärung nicht abweichen darf: non enim aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem d). Daß aber der Testirer die Absicht gehabt hätte, auch für seine noch nicht einmal geborne Enkel besondere Sorge zu tragen, davon war in dem Testamente desselben nicht die geringste Spur zu bemerken.

§. 6.

Was endlich die von dem Kläger für seinen Curanden angeführte coniecturam pietatis betrift; so geben die Gesetzgeber derselben nur alsdann Statt, wenn so allgemeine Ausdrücke gebraucht worden sind, daß

b) L. 25. §. 1. D. de leg. 3. L. 137. §. 2. in f. D. de V. O.

c) L. 38. §. 2. D. de leg. 3. Leyser, Med. ad Pand. Vol. 6. spec. 404. med. 3.

d) L. 69. pr. D. de leg. 3.

daß darunter die Enkel wohl mit verstanden werden können, wie solches bey dem Ausdrucke: liberi, nach der gesetzlichen Entscheidung allerdings der Fall ist, dahingegen das teutsche Wort: Kinder, keinesweges, als gleichbedeutend mit dem allgemeinern römischen Worte: liberi, angenommen werden kann e), folglich auch dieselbe ausdehnende Erklärung nicht zuläßt, weßwegen es dem Kläger keinen Vortheil bringen würde, wenn man auch nach seiner Erklärung annehmen wollte, daß der Testirer mit dem Ausdrucke, Geschwister, nichts anders habe sagen wollen, als „meine Kinder". Denn auch dieser Ausdruck würde nicht auf seine Enkel gehen. Noch viel weniger können aber unter dem Worte: Geschwister, auch die Kinder der Geschwister verstanden werden, da in dieser Hinsicht gar kein Grund vorhanden ist, eine so ganz willkührliche Ausdehnung anzunehmen.

e) G. L. Böhmer, de liberis fideicommisso oneratis §. 2. 15. ibique alleg. (El. iur. civ. T. 1. exercit. 6.).

XIII.

Von der Bestrafung der Injurien, welche Kinder gegen ihre Eltern begehen, nach Churbraunschweigischem Recht.

Ueberhand nehmende Vergehungen der Kinder gegen ihre Eltern, worüber noch immer aus gewissen Gegenden besonders häufige Klagen einlaufen, veranlaßten im Jahr 1735 eine Verordnung, daß wenn Kinder ihre Eltern geschmähet, gescholten, ihnen geflucht oder gar Hand an sie gelegt haben, solche Frevelthaten, wenn sie auch noch so gering wären, jedesmal fur criminell angesehen, und die Verbrecher respective mit dem Zuchthause und mit Karrenschieben dem Befinden nach bestraft werden sollen *).

Hieraus folgt 1) daß Injurien der Kinder gegen ihre Eltern nie mehr als bloße Wrogesache behandelt werden dürfen, sondern allezeit nach Vorschrift der

*) Corp. Const. Cal. Cap. 2. n. 138. p. 790. Willich, Auszug III. 289.

der Criminal-Instruction zu untersuchen sind; 2) daß wörtliche oder thätliche Injurien dieser Art allezeit mit öffentlicher Arbeitsstrafe belegt werden müssen, wenn anders dieß Verbrechen vollzogen und gehörig erwiesen ist. Milderungsgründe geben den Gerichtshöfen kein Recht, die Art der Strafe abzuändern, sondern die in dem Gesetze enthaltene Clausel: „dem Befinden nach", geht eines Theils auf die Wahl zwischen dem Zuchthause und Karrenschieben, andern Theils auf die Dauer der Strafzeit, da das Gesetz die Art der Strafe unbedingt auf jedes noch so geringe Vergehen gegen die Eltern festgesetzt hat **). Besondere Umstände können aber allerdings zu einem Antrage auf Milderung der gesetzlichen Strafe im Wege der Gnade bewegen.

Der Gerichtsgebrauch wendet übrigens diese Verordnung auch auf Vergehungen gegen Schwiegereltern an. Die Verordnung selbst spricht nur von Eltern und geht also auf alle Ascendenten. Da aber unter diesen nur diejenigen verstanden werden, von welchen Jemand in näherm oder entfernterm Grade abstammt, und da peinliche Gesetze keine ausdehnende Erklärung zulassen; so sollte man beynahe den Gerichtsgebrauch für zu hart halten. Wenn man dagegen aber erwägt, daß auch Schwiegereltern zu einer vorzüglichen Achtung berechtigt sind, und

**) Vergl. Meister, Pr. iur. crim. §. 194. nota d. wo die obgedachte Clausel auf das genus poenae bezogen zu werden scheint.

und oft, besonders unter den Volksclassen, bey welchen Vergehungen dieser Art am häufigsten vorkommen, der Fall eintritt, daß Schwiegereltern mit ihren Kindern in einem Hause oder doch auf einem Hofe zusammen wohnen; so wird man auch ihnen den durch Erfahrung nothwendig befundenen Schutz um so mehr gern gönnen, als sie in der That weniger Mittel haben, sich selbst zu schützen, als leibliche Eltern gegen ausgeartete Kinder gebrauchen können.

XIV.

Von dem Rechte, die Schutzjuden mit Reichs-Kriegssteuern zu belegen.

I. Die Schutzjuden müssen so wohl zu den Römermonathen, als zu den Contingents-Lasten beytragen. II. Die Bezahlung des Schutzgeldes befreyet davon nicht. III. Die Schutzjuden dürfen jedoch nicht willkührlich besteuert werden. IV. Sie müssen vielmehr völlig gleich mit den übrigen steuerbaren Unterthanen behandelt werden. V. Sie können aber eine jedesmalige vorläufige Einsicht der Steuerrepartition nicht verlangen. VI. Der Obrigkeit ihres Wohnorts steht in der Regel kein Subcollectations-Recht über sie zu.

§. 1.

Der kaum geendigte Reichskrieg veranlaßte unter so vielen publicistischen Streitfragen in manchen Ländern auch die: ob, in wie fern und wie weit die Schutzjuden zu den Reichs-Kriegssteuern mit beyzuziehen seyen. Hierbey kam es auf die erforderlichen Beyträge theils zu den auf dem Reichstage bewilligten

ten Römermonaten, theils zu den Contingents-Kosten an. Der letzteren wollte sich hin und wieder die Judenschaft ganz entziehen, nicht nur, weil sie zum persönlichen Kriegsdienste nicht verbunden sey, sondern auch, weil das von ihr zu entrichtende Schutzgeld ihr auch auf Vertheidigung gegen auswärtige Feinde gerechten Anspruch gebe, und sie daher nicht angehalten werden könne, den ihr gebührenden Schutz doppelt zu bezahlen. Da jedoch Römermonate und Contingents-Kosten einen und denselben Zweck haben; so kann auch hier zwischen ihnen kein gegründeter Unterschied gemacht werden, und das angeführte Argument beweißt nichts, wenn es nicht beyde auf gleiche Weise trift.

Der Einwurf, daß die Juden zum persönlichen Kriegsdienste uicht verbunden seyen, ist, wo nicht unrichtig, doch unerheblich. Wollen sie an der äußern und innern Sicherheit des Staats Antheil nehmen; so müssen sie auch die Mittel dazu nach ihren Kräften mit herbeyschaffen, und wenn sie zum Kriegsdienst weniger brauchbar sind, als andere, daher auch dazu nicht aufgefordert werden; so folgt daraus keine Befreyung von der Verbindlichkeit zum Unterhalt derjenigen mit beyzutragen, die auch für sie mit streiten. Muß dieß ja selbst der Vater thun, der vielleicht mehrere Söhne hat ins Feld stellen müssen. Auch sind manche Stände von dem Zwange zum persönlichen Kriegsdienste wirklich von Rechtswegen frey, die dennoch zu allen Reichs-Kriegs-Kosten ohne Unterschied beyzutragen verbunden sind.

§. 2.

§. 2.

Die Hauptfrage wird also darauf beruhen: ob das Aufnahme- und jährliche Schutzgeld, welches die Judenschaft gewöhnlich entrichtet, als eine Art von Abfindungssumme für alle und jede Reichs- und Landessteuern zu betrachten ist oder nicht?

Diese Frage muß nothwendig verneint werden, da das Aufnahme- und Schutzgeld der Juden auf einem ganz besondern Grunde beruhet, indem dasselbe lediglich für die Bewilligung, Ertheilung und Fortsetzung des landesherrlichen Schutzes bezahlt werden muß a), die Juden aber dessen ungeachtet, als Unterthanen, gleich Anderen, die gemeinen Lasten und Abgaben zu tragen schuldig sind b), wie sie denn insbesondere zu den Reichsanlagen schon in den ältesten Zeiten jederzeit mit beygezogen worden c), daher auch den Beyträgen zu den so höchst privilegirten, auf alle Unterthanen ohne Unterschied sich erstreckenden Reichs-Kriegssteuern sich zu entziehen keineswegs befugt sind.

§. 3.

a) Beck, de iuribus Iudaeorum Cap. 5. §. 6. Gatzert, de iuribus Iud. §. 23.

b) Beck, l. c. Cap. 15. §. 1. Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Thl. 10. S. 1897.

c) Rüdinger, Obs. iur. cam. Cent. 3. pag. 224. v. Moser, Actenmäßiger Bericht von dem Beytrag der Juden zu den Reichs- und Kreissteuern; in dessen kleinern Schriften Thl. 12. S. 34.

§. 3.

In der Regel dürfen aber die Juden keine Grundstücke besitzen und daraus entstehet in den Ländern, wo die Steuern allein oder doch grösstentheils auf das Grundeigenthum gelegt werden, die Unbequemlichkeit, daß man nicht recht weiß, wie die Beyträge derselben nach einem billigen Maßstabe zu bestimmen seyen.

Einige ältere Rechtsgelehrte haben zwar behauptet, daß die Juden, als ehemalige Cammerknechte des Kaisers, für sich selbst kein Eigenthum haben erwerben können, sondern mit all' ihrem Haab und Gut des Kaisers Eigenthum gewesen, auch in derselben Qualität an die Reichsstände gekommen seyen, mithin von ihren Schutzherren nach deren Bedürfniß und Willkühr besteuert werden können d). Es ist auch eine nicht sehr erfreuliche Thatsache, daß man noch in ganz neuen Zeiten den Schutzjuden eines gewissen Landes diesen Satz in vollem Ernste entgegen gehalten hat, als sie über unbillige Besteuerung klagten und um Milderung baten.

Die Widerlegung einer so unbilligen, der Denkungsart des gegenwärtigen Zeitalters überall nicht angemessenen, auf einer an sich ungegründeten Voraussetzung beruhenden Behauptung kann jedoch nicht schwer seyn, da es unzweifelhaft ist, daß die Juden durch den ihnen ertheilten Schutz in die Gemein-

d) Fischer, de statu et iurisdict. Iudaeor. Cap. 4. §. 53. Thiel, Iurisprud. iudaica §. 106.

meinschaft aller derjenigen Rechte treten, welche allen anderen Unterthanen, ohne Rücksicht auf einen besondern Stand oder eine gewisse Religion, in der bürgerlichen Gesellschaft zustehen e), folglich ihnen auch, gleich anderen Unterthanen, die heilsame Verordnung der Gesetze, daß der arme gemeine Mann vor Anderen nicht zu beschweren, sondern nach eines jeden Vermögen Gleichheit zu halten sey f), nach vollem Rechte zu Statten kommen muß.

§. 4.

Diesen Grundsätzen gemäß können die Schutzjuden nicht anders, als auf völlig gleichen Fuß mit den übrigen steuerbaren Unterthanen behandelt werden. Es ist zwar wahr, daß ihre in den mehrsten Ländern festgesetzte Unfähigkeit, Grundstücke eigenthümlich zu besitzen, und die Art ihres Gewerbes nicht immer zuläßt, sie mit denselben Steuern, wie die übrigen Unterthanen zu belegen, und in diesem Falle bleibt nichts übrig, als ihre Beyträge besonders anzusetzen, jedoch so, daß sie nach Maßgabe ihres Vermögens nicht höher, als jene belastet werden.

In einem gewissen Lande wurden beym Anfange des Reichskriegs gegen Frankreich die gewöhnlichen Abgaben der steuerbaren Unterthanen nicht erhöht oder

e) Runde, Grundsätze des teutschen Privatrechts §. 641. Beck, de iuribus Iudaeorum Cap. 5. §. 6.

f) R. A. a. 1543. §. 24.

oder vermehrt, wohl aber mußten sich die Befreyten zu einer außerordentlichen Kriegssteuer verstehen, die der ersten Absicht nach nur ein für allemal entrichtet werden sollte. Bey dieser Gelegenheit wurden auch die Juden mit beygezogen. Als aber in der Folge, bey der längern Dauer des Reichskriegs, auch die steuerbaren Unterthanen mit neuen Abgaben belegt werden mußten; so sollten die Juden auch mit ihnen gleiche Lasten tragen.

Dieß war offenbar ungerecht. Die Judenschaft gehört gewiß nicht zu den befreyten Ständen und doch sollte sie mit ihnen auf gleiche Weise zu Reichs-Kriegskosten beytragen, nachher aber auch den steuerbaren Unterthanen gleich gehalten werden, die bis dahin keine außerordentlichen Steuern bezahlt hatten. Allerdings mußte sie sich dieser allgemeinen Besteuerung unterwerfen, so weit sie nicht über Vermögen gieng, da sie in Ansehung der zu tragenden Lasten und Abgaben vor den übrigen Unterthanen nichts voraus hat; aber die Summe, die sie mit den Steuerfreyen hatte entrichten müssen, war sie zurück zu fordern oder abzurechnen wohl befugt, da hier gegen die übrigen steuerbaren Unterthanen eine offenbare gesetzwidrige Ungleichheit (§. 3.) eintrat.

§. 5.

So gegründet aber auch die Widersprüche der Judenschaft gegen eine solche Ungleichheit in der Besteuerung sind; so wenig ist sie doch befugt, die Repartition der Kriegssteuer jedesmal zur Einsicht zu verlangen. Diese Repartition hängt allezeit von der Lan-

Landesherrschaft ab, jedoch so, daß da, wo es die Verfassung erfordert, die Landstände zugezogen werden müssen.

Die Unterthanen, welche vor andern prägravirt zu seyn vermeynen, können dagegen mit geziemenden Vorstellungen einkommen, die nöthigen Erläuterungen sich erbitten, und wenn sie sich nicht beruhigen zu können glauben, rechtliche Untersuchung verlangen. Sie können aber nicht fordern, daß ihnen eine beständige vorläufige Beurtheilung der landesherrlichen Repartition zugestanden werde.

Das alles gilt natürlicher Weise auch von der Judenschaft, welche zwar nicht schuldig ist, sich eine willkührliche Besteuerung gefallen zu lassen, aber doch auch kein Recht hat, um sich vorläufig dagegen zu verwahren, gleichsam landständische Befugnisse auszuüben, die ihr durch die jedesmalige Einsicht der Steuer-Repartition gewissermaßen eingeräumt werden würden.

§. 6.

Wenn nun aber die Judenschaft zu den Kriegssteuern auf gleiche Weise, wie alle übrigen Unterthanen, beytragen muß; so entsteht noch die Frage: ob ihre Beyträge in die Steuercasse ihres Wohnorts zu entrichten sind oder nicht? Dieses ist da von nicht unbedeutendem Interesse, wo eine ganze Gemeinheit mit einer gewissen Summe angesetzt, und ihr selbst oder ihren Vorstehern die Subrepartition überlassen wird, indem die Menge der Contribuenten

ten die Last jedes Einzelnen vermindert. In so fern die Schutzjuden an einem Orte angesessen sind, wird in Rücksicht auf ihr steuerbares Grundeigenthum kein Zweifel seyn, daß sie zu der Steuerquote der Bürgerschaft beytragen müssen. Außerdem aber steht der Gemeinheit, in welcher Schutzjuden wohnen, kein Subcollectations-Recht über dieselben zu, sondern der Landesherr hat sie unmittelbar zu besteuern, und ihre Beyträge kommen, wenn alles ordentlich zugeht, zur Erleichterung der gesammten Landesunterthanen in Rechnung.

Nach diesen Grundsätzen erkannte die Göttingische Juristen-Facultät im Jahr 1800 in Sachen des Stadtvorstandes zu Dierdorf gegen die sämmtliche Judenschaft daselbst.

XV.

Ueber das Recht, einen Wildzaun zu errichten.

§. 1.

Je häufiger und lauter in neueren Zeiten die Klagen über Wildschäden geworden sind und je öfter und nachdrücklicher die Gerichte auf deren Abstellung und billigmäßigen Ersatz erkannt haben; desto sorgsamer mußten die Jagdliebhaber auf Mittel denken, ihr Vergnügen mit dem Interesse des Landmanns zu vereinigen. Als eines der vorzüglichsten Mittel mußte die Errichtung eines Wildzauns erscheinen. Von Vielen wird es für das einzige gehalten. „Es ist ganz natürlich, sagt Jung, a) daß der Regent seine Thiere auf seinem Eigenthum ernähren müsse, und damit sie nicht herauswechseln und zu Schaden gehen mögen; so muß er sie in einen umzäunten Wald einschließen, wo er ihrer dann so viele hegen und

a) Staats: Policey: Wissenschaft, §. 838.

und verpflegen kann, als er will. Außer diesem Park aber muß er öfters jagen und das Wild vertilgen, damit es Niemand schaden möge. Das Feigenblatt der Schadensersetzung ist nicht werth, daß mans beantworte."

§. 2.

Die Errichtung eines Wildzauns ist auch ganz unbedenklich, wenn bloß von eigenthümlichen Waldungen des Jagdherrn die Rede ist, in welchen sonst Niemand ein Recht hat zu jagen. Beholzungs- und Weidegerechtigkeiten machen schon einen Unterschied, und wenn vollends das Eigenthum des Waldes einem Dritten zusteht; so wird die Einschließung des Jagdbezirkes mit einem Zaune nie von der Willkühr des Jagdherrn abhangen können. Das Sprichwort: „wer mag jagen, der darf auch hagen" beweiset nichts und bezieht sich allenfalls bloß auf die Rechte des Jagdherrn in seinen eigenen Waldungen b).

Indessen behaupten doch mehrere Schriftsteller (außer denen, die das Sprichwort in seinem ganzen Umfange als wahr annehmen), daß wenigstens der Landesherr, dem vermöge der Landeshoheit die ausschließliche Jagdgerechtigkeit in seinem ganzen Lande zustehe, auch die Waldungen der Unterthanen mit einem Zaune zu umgeben befugt sey, wenn er es zu Ver-

b) Eisenhart, Grundsätze des teutschen Rechts in Sprüchwörtern S. 203.

Verhütung des Wildschadens oder aus anderen Gründen für nöthig erachten sollte. Diese Befugniß halten sie alsdann für ganz unzweifelhaft, wenn das landesherrliche Jagdregal sich auf einen alten königlichen Bannforst gründe und daher der Landesherr Wildbannsherr im eigentlichen Sinne des Wortes sey c). Allein bey näherer Einsicht dieser Schriftsteller findet man, daß sie zum Theil von den ältesten Zeiten reden, zum Theil auf die Verschiedenheit der Eigenthumsrechte an den Waldungen nicht gehörig Rücksicht nehmen, und endlich hin und wieder mit sich selbst nicht ganz einig sind. Im Ganzen verbreitet die historische Deduction des Umzäunungsrechts auf die Streitfrage wenig Licht, und diejenigen, welche auf ein allgemeines Herkommen in Teutschland sich beziehen, werden dasselbe immer durch Anführung bestimmter Thatsachen und nicht mit unzuverläßigen Beschreibungen älterer Verhältnisse zu beweisen haben.

§. 3.

Ein merkwürdiger Rechtsstreit, der im Jahr 1797 der Göttingischen Juristen-Facultät

c) Stisser, Forst- und Jagd-Historie der Teutschen S. 232. Pfeffinger, Vitr. illustr. T. 3. p. 1418. Reinharth, de iure forestali Germanor. Test. I. cap. 2. §. 8. Klinger, Suppl. ad Beckii Tr. de iure foreſt. ad cap. 2. §. 1. v. Seckendorf, teutscher Fürstenstaat P. 3. reg. 5. n. 5. W. G. v. Moser, Forstarchiv B. 4. Nr. 1. S. 7.

tät zur Entscheidung vorgelegt wurde, veranlaßte mehrere zur Erläuterung dieser Streitfrage dienende Erörterungen. Dieser Rechtsstreit wurde zwischen dem regierenden Grafen zu Erbach-Erbach und der zu dem Erbach-Fürstenauischen Landesantheil gehörigen Stadt Michelstadt geführt.

Eine besondere im Druck erschienene Abhandlung, welche aus der Feder eines berühmten Publicisten geflossen seyn soll, enthält eine sehr gelehrte Vertheidigung des Umzäunungsrechtes. Sie hat folgenden Titel: Kurze Darstellung der Beweisgründe, daß dem regierenden Herrn Grafen zu Erbach-Erbach das Recht zustehe, die Hochdero Wildbahn unterworfenen Michelstädtischen Stadtwaldungen zu umzäunen. Stuttgardt bey August Friedrich Macklot 1797. fol.

Der Zweck dieser Schrift scheint die Auswürkung einer unmittelbaren Verfügung des Kaiserlichen Reichshofraths gewesen zu seyn, obgleich der Proceß seit 1795 bey der Erbach-Fürstenauischen Regierung anhängig war. Wenigstens deutet der Schluß derselben darauf hin, wo gesagt wird, daß der langsame Gang des eingeleiteten Processes, welchen zu verzögern der Gegentheil bisher alles gethan habe, eine lästige und sowohl dem Grafen, als seinen Unterthanen höchst nachtheilige Spannung verursache, weßwegen der Graf sich und seine gerechte Sache der allerhöchsten Verfügung Kaiserlicher Majestät überlasse und von der Wirksamkeit derselben ein baldiges, sicheres und für beyde Theile beruhigendes Ende hoffe.

Diese

Diese Hoffnung ward jedoch vorerst nicht erfüllt, indem der Proceß bis zum Schluß fortgieng und sodann auch jene Druckschrift den an auswärtige Rechtsgelehrte verschickten Acten beygelegt wurde.

§. 4.

Michelstadt steht unter Erbach-Fürstenauischer Landeshoheit; die Waldungen dieser Stadt sind aber bey der Landestheilung im Jahre 1747 dem Erbach-Erbachischen Jagdbezirk zugetheilt worden, theils, wie man klägerischer Seits angab, zu Bewirkung der Gleichstellung, theils weil diese Waldungen einen Bestandtheil des der Erbach-Erbachischen Linie zugefallenen Eulbacher Forsts ausmachten und der bey der Landesvertheilung lange verhandelte Plan, diese Stadtwaldungen von dem Eulbacher Forste zu trennen und einem Erbach-Fürstenauischen Forst einzuverleiben, nicht ausgeführt werden konnte. Die Jagdgerechtigkeit der Grafen von Erbach-Erbach wurde auch in den Michelstädter Waldungen jederzeit ungestört ausgeübt, und erst gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts entstanden zwischen der Stadt und dem Jagdherrn mancherley Mißhelligkeiten wegen übermäßiger Hegung des Wildes und dadurch verursachten Wildschadens. Die Sache wurde beym Kaiserlichen Reichshofrath anhängig gemacht, welcher dem regierenden Fürsten zu Hohenlohe-Ingelfingen die Untersuchung des Wildstandes in den befragten Waldungen auftrug und da deren Resultat die Klagen der Stadt Michelstadt rechtfertigte, die nöthig scheinenden Vorschriften ertheilte.

§. 5.

Es wurde nehmlich dem Grafen zu Erbach-Erbach im December 1793 rescribirt, es habe derselbe die aus dem von dem Herrn Fürsten zu Hohenlohe-Ingelfingen eingesandten Augenscheins-Protocoll erscheinende Uebermaße des Wildstandes in dem Eulbacher Forst abzustellen, und solchemnach diesen Wildstand bis auf fünfzig Stück Setzthiere zu vermindern, auch in Zukunft nicht über jene Zahl anwachsen zu lassen, weniger nicht, dem impetrantischen Theil die durch die bisherige Uebermaaße des Wildes in besagtem Eulbacher Forst sowohl in seiner Waldung als auf den Feldern erlittene Schäden, nach vorgängiger deren Liquidation und Ermäßigung, sammt den Commißions- und Proceßkosten zu erstatten.

§. 6.

Auf der andern Seite erhielt aber auch die Stadt Michelstadt diejenige Weisung, welche erforderlich schien, um Jagdexcesse und Selbsthülfe zu verhüten. Zwar genehmigte das höchste Reichsgericht die provisorische Verordnung seines Commissarii, des Fürsten zu Hohenlohe-Ingelfingen, daß den Michelstädter Feldhütern erlaubt seyn solle, beym nächtlichen Hüten mit Pistolen blind zu schießen, oder kleine Hunde, die nicht jagen, noch das Wild weit in den Wald hinein verfolgen, zu gebrauchen. Es erinnerte jedoch zugleich die Michelstädter Bürgerschaft, sich hiemit zu begnügen, und ihre Feldhüter weder mit Flinten zum Blindschießen, noch mit

großen

oder Jagdhunden zu versehen, besonders aber sich alles Todschießens des Wildpretts und sonstiger unerlaubter Selbsthülfe zu enthalten. Auch wurde dem Grafen zu Erbach-Fürstenau zu erkennen gegeben, Kaiserliche Majestät versehen sich zu ihm, daß derselbe, wofern von dem Grafen zu Erbach-Erbach oder dessen Regierung ein von den Michelstädter Bürgern oder deren Feldhütern begangener, dieser Kaiserl. Verordnung zuwider laufender Exceß bescheinigt angezeigt werden sollte, die erforderliche Untersuchung sofort zu veranstalten, und die schuldig befundenen nach Maaß ihres Vergehens bestrafen zu lassen, von selbst geneigt seyn werde.

§. 7.

Unter diesen Umständen hätte man glauben sollen, daß ein zweckmäßiges Auskunftsmittel, wodurch den gegenseitigen Beschwerden völlig vorgebeugt werden könnte, beyden Theilen gleich angenehm seyn würde und ein solches Mittel schien die Errichtung eines Wildzauns darzubieten. Bey Gelegenheit persönlicher Vergleichsunterhandlungen im Julius 1794 hatte die Michelstädter Bürgerschaft selbst geäußert, sie sehe kein anderes Mittel für zureichend an, den Wildschaden auf den Feldern für die Zukunft zu verhüten, als wenn des Herrn Grafen Franz hochgräfliche Gnaden einen Park in dem Eulbacher Forst anlegen, das Wild darinn einschließen, und alles Wild, außer dem Park, todschießen lassen würden. Dieser Vorschlag wurde aber, wegen der allzukostbaren Holz- und Geldverschwendung, als unthunlich und unausführbar verworfen.

§. 8.

§. 8.

Dessen ungeachtet kam schon im folgenden Jahre eine ähnliche Idee in Anregung und selbst der Ausführung nahe. Der Graf zu Erbach-Erbach fand sich nehmlich bewogen, zur Beförderung der Landescultur und um für die Zukunft allen Klagen und Beschwerden über Wildschaden auf den Feldern auf beständig vorzubeugen, mit seinen eignen Unterhanen am 1. Jun. 1795 einen Vertrag zu schließen, wodurch er sich gefallen ließ, seine Wildbahn bloß auf einen Theil des Eulbacher und Erbacher Forstes einzuschränken, diesen mit einem Wildzaun einfassen, und sodann alles hohe Wild außer diesem Wildzaun gänzlich ausrotten zu lassen. Die Unterthanen erhielten zugleich die Versicherung, daß sie an Bauung nnd Benutzung der Felder, welche in diesen Wildzaun eingeschlossen werden, und an forstmäßiger Benutzung ihrer in den Wildzaun kommenden Waldungen, in Absicht auf Holzfällen, Holzverkaufen, Laubholen, Mastung u. dergl. so wie an dem Holzanwuchs und der Fortpflanzung ihrer Waldungen, durch den Wildzaun und das darinn befindliche Wild, nicht gehindert, und daß überhaupt durch diesen Wildzaun die von unfürdenklichen Zeiten her bestandenen rechtmäßigen Eigenthumsrechte der Unterthanen, in Absicht ihrer in den Wildzaun kommenden Waldungen, niemalen gekränket werden sollen. Von den Kosten, die auf mehr als 20000 Gulden angeschlagen waren, übernahmen die Unterthanen des Amts Erbach die runde Summe von 20000 Gulden, auch mehrere Fuhren. Dieser Vertrag erhielt am 17. Dec. 1795 die kaiserliche Bestätigung.

§. 9.

§. 9.

Zu dem Eulbacher Forst, der seinem ganzen Umfange nach mit einem Wildzaun umgeben werden sollte, wurden auch die Michelstädter Stadtwaldungen gerechnet. Man konnte um so mehr hoffen, daß die Bürgerschaft zu Michelstadt mit der Errichtung des Wildzauns vollkommen zufrieden seyn werde, da ihr eines Theils wegen der Benutzung ihrer Waldungen dieselbe Versicherung, wie den Erbachischen Unterthanen, ertheilt und überall kein Kostenbeytrag zugemuthet wurde, und andern Theils der Rechtsstreit wegen des Wildschadens noch immer fortdauerte. Zwar hatte der kaiserliche Reichshofrath die von dem Grafen von Erbach-Erbach auf das Rescript von 1793 (§. 5.) übergebene Paritionsanzeige, als unbefriedigend am 22. Oct. 1795 verworfen, und ihm aufgegeben, mittelst eydlicher, von seinen Jagdbedienten, auf vorgängige Pflichtentlassung, abzulegender Zeugnisse zu bescheinigen, daß der Wildstand im Eulbacher Forst in der Maße herabgesetzt worden, daß die Zahl der Setzthiere sich nicht über funfzig belaufe, nicht weniger die an seine sämmtliche Jagdbediente bereits ergangenen oder annoch zu erlassenden Befehle, die Zahl der Setzthiere im Eulbacher Forst nicht über funfzig anwachsen zu lassen, in beweisender Form zu produciren, wie auch die Schäden und Kosten, ohne weitern Aufenthalt, zu erstatten. Allein dieses Decret war zu der Zeit, wo die Anlegung des Wildzauns zuerst zur Sprache kam, noch nicht ergangen, und auf alle Fälle konnte die Michelstädter Bürgerschaft voraussehen, daß die zuverläßige und vollständige Befolgung der reichsgerichtlichen Vorschrif-

schriften stets mancherley Schwierigkeiten unterworfen seyn dürfte, und daß auf diesem Wege ein unauslöschlicher Zunder zu neuen Streitigkeiten übrig bleiben werde. Dennoch wollte sie von der Einschließung ihrer Waldungen in den projectirten Wildzaun schlechterdings nichts hören.

§. 10.

Ihre Weigerungsgründe bestanden im Wesentlichen darin, daß die Errichtung eines Wildzauns offenbar eine Ausdehnung des dem Grafen von Erbach-Erbach zustehenden Jagdrechts bezwecke, indem dieses kein Hägerecht involvire: daß daher die Umzäunung ein Eingriff in ihr Eigenthumsrecht sey, welchen sie sich um so weniger gefallen lassen könne, als der Wildzaun nicht nur ihren Waldungen zum größten Nachtheil gereichen, sondern auch die Benutzung derselben äußerst beschwerlich machen würde. Die jungen Schläge und das junge Holz würden den eingeschlossenen Wilde gänzlich Preis gegeben seyn, und die Bürgerschaft würde, wegen der in ihren Stadtwaldungen an einander liegenden Berge und Thäler, mit den Holz- Stein- und Laubfuhren ungewöhnliche und sehr beschwerliche Wege nehmen müssen, wenn ihre Waldungen umzäunt würden, und daß mithin ihr Beholzungs- und Benutzungsrecht dadurch gekränkt würde. Diesem wurde auch hinzugefügt, der Wildzaun sey zur Verhütung des Wildschadens keinesweges das einzige mögliche Mittel, sondern der Jagdherr dürfe nur von der vorgeschriebenen Zahl der Setzthiere nicht abweichen, übrigens fleißig jagen und das Wild nöthigen Falls durch Feldhüter

von

von den Aeckern abtreiben lassen. Auch das letztere falle in Zukunft ihm zur Last, da er zum Schadensersatz verpflichtet, mithin hauptsächlich dabey interessirt sey, daß aller Schaden möglichst verhütet werde.

§. 11.

Alle diese Gründe überzeugten den Grafen von Erbach-Erbach so wenig, daß er vielmehr, in dem vollen Bewußtseyn seiner heilsamen Absichten, dem kaiserlichen Reichshofrathe auch diesen Streitpunct zur Entscheidung vorlegte, da die Ausführung des zum Besten seiner Unterthanen entworfenen Plans durch den Widerspruch der Stadt Michelstadt gänzlich gehemmt wurde. Der kaiserliche Reichshofrath hielt jedoch seine Gerichtbarkeit in Ansehung dieser neuen Streitfrage nicht für begründet und verwieß deßwegen den Grafen von Erbach-Erbach an die Erbach-Fürstenauischen Gerichte. Zu gleicher Zeit schien er aber die Sache selbst nicht zu mißbilligen, indem er beschloß, ein Rescript an den Grafen von Erbach-Fürstenau dahin zu erlassen: Kaiserliche Majestät versehen sich zu ihm, daß, wofern der Graf zu Erbach-Erbach die in membro praecedente hujus concluſi ad forum competens verwiesene Beschwerde, wegen des Widerspruchs der Stadt Michelstadt gegen die Einschließung ihres Waldes in den Wildzaun, womit ersagter Graf den Eulbacher Forst und einen Theil des Erbacher Forstes zu umgeben entschlossen sey, bey der Behörde anbringen würde, derselbe die Beförderung eines gütlichen Einverständnisses sich um so mehr angelegen seyn lassen werde, als der Graf zu Erbach-Erbach sich bereits

zu

zu Ausstellung einer verbindlichen Versicherungs-Urkunde dahin erkläret habe, daß der ohne irgend einen Kosten-Beytrag von Seiten der Stadt Michelstadt anzulegende Wildzaun gedachter Stadt an der Administration und öconomischen Benutzung ihres Waldes nicht im geringsten hinderlich seyn solle.

§. 12.

Hierauf übergab der Graf zu Erbach-Erbach noch am 31. Dec. 1795 eine Klage gegen die Stadt Michelstadt bey der Erbach-Fürstenauischen Regierung, worin er sein Recht, auch die Michelstädter Waldungen mit einem Wildzaun zu umgeben, umständlich ausführte und bat, die Stadt Michelstadt anzuhalten, von ihrem Widerspruch gegen die Umzäunung ihrer Waldungen abzustehen. Dieser Rechtsstreit wurde unter mancherley Zögerungen von Seiten des beklagten Theils bis in den August 1797 fortgeführt, wo endlich die Stadt Michelstadt mit ihrer Sextuplik präcludirt und die Sache von Amts wegen für beschlossen angenommen wurde. Im Oct. 1797 ergieng ein für die beklagte Stadt günstiges Urtheil, welches mit den Entscheidungsgründen hier angehängt wird.

Urtheil.

Auf Klage, Antwort und erfolgte Gesätze in Sachen des regierenden Herrn Grafen Franz zu Erbach-Erbach, Klägers an einem — gegen die Stadt

Mi-

Michelstadt, Beklagte am andern Theile, die intendirte und von letzterer widersprochene Einfassung ihrer Bürgerwaldungen mit einem Wildzaune betreffend, erkennen zur Gräflich Erbach-Fürstenauischen Regierung verordnete Kanzley-Director, Hof- und Regierungsräthe, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, für Recht:

daß die beklagte Stadt von der angestellten Klage zu entbinden und loszusprechen. Die beyderseits aufgewandten Unkosten werden aus bewegenden Ursachen gegen einander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Obgleich der Herr Kläger vorgestellet hat, daß 1) die Jagdgerechtigkeit in den sämmtlichen Gräflich-Erbachischen Landen ein dem gräflichen Gesammthause Erbach zustehendes Hoheitsrecht sey, welches der Herr Kläger über die Michelstädter Stadtwaldungen auszuüben habe, und womit das Hägerecht, oder die Befugniß, die dem Jagd-Regale unterworfenen Waldungen mit Wildzäunen zu versehen, vermöge eines allgemeinen Herkommens in Teutschland verbunden sey;

Zumal 2) das dem gräflichen Hause Erbach zustehende Jagd-Regal von einem ursprünglichen Königlichen Forst- und Waldbanne, welcher jederzeit das Hägerecht enthalten habe, herrühre;

Ueber-

Ueberdieß 3) dem Jagdherrn billig gleiches Recht, wie den Feldeigenthümern zugestanden werden müsse, mithin, da diesen erlaubt sey, das Wild auf jede unschädliche Art, durch Planken, Zäune, Gräben, Feldhüter u. s. w. von ihren Grundstücken abzuhalten, jenem auch nicht verwehret werden könne, die Waldungen seines Wildbannes mit einem Zaune zu umfassen, und dadurch theils den zu besorgenden Wildschaden zu verhüten, und den ihm sonst obliegenden Ersatz desselben zu vermeiden, theils sein Jagd-Regal und die befugte Ausübung desselben zu erhalten;

Dieses Hägerecht aber 4) um so weniger widersprochen werden könne, wenn dasselbe dem Waldeigenthümer keinen Schaden, sondern vielmehr Vortheil bringe, wie in dem vorliegenden Falle durch die intendirte Anlegung eines Wildzauns die Michelstädter Felder gegen allen künftigen Wildschaden sicher gestellt, die dortigen Bürger der Unterhaltung der Feldhüter überhoben, und von den immer unangenehmen Klagen und Streitigkeiten über Wildschaden befreyet würden;

Wozu noch 5) komme, daß die Anlegung des Wildzauns eine für den Wohlstand der eigenen Erbachischen Unterthanen nothwendige Maßregel sey, deren Ausführung dem Herrn Kläger in Gemäßheit des mit denselben eingegangenen und von Kaiserlicher Majestät bestätigten Vertrages obliege, welche aber ohne Ausdehnung des Wildzaunes auf die Michelstädter Waldungen unmöglich sey, da es auf alle Fälle den Erbachischen Unterthanen zum Nachtheile ge-

gereichen würde, wenn ihre Waldungen ohne Wildzaun blieben, indem es selbst für diese Waldungen unmöglich gleichgültig seyn könnte, ob das darin eingeschlossene Wild den Lauf und die Atzung in den zu dem Eulbacher Forst mit gehörigen Michelstädter Stadtwaldungen verliere oder behalte;

Endlich 6) nicht in Abrede gestellt werden kann, daß die Errichtung eines Wildzauns größtentheils für gemeinnützlich und zur Abwendung des Wildschadens vorzüglich dienlich und zweckmäßig gehalten wird d).

D. a. u. d. 1) das Recht, die zu einem bestimmten Jagdbezirke gehörigen Waldungen zu umzäunen, lediglich auf dem Eigenthum dieser Waldungen beruhet, und demnach der Jagdherr dasselbe nur auf seinen eigenen Waldungen, wo es zu keines Andern Nachtheil gereichet, auszuüben berechtiget ist e), der Stadt Michelstadt aber das Eigenthum der befragten Waldungen unstreitig zustehet, derselben also die allgemeine Rechtsregel, daß niemand verpflichtet ist, etwas auf dem Seinigen durch einen Dritten vornehmen, bauen oder sonst thun zu lassen, wozu dieser die Befugniß nicht rechtsbeständig erworben oder hergebracht hat, billig zu Statten kommen muß;

Wie

d) Seuffer, de damno per ferarum incursus in agris, pratis vineisque dato, §. 3. Weber, über die Einführung der Wildsteuer §. 14. Note a.

e) Buri, von der Regalität der Jagden in Teutschland S. 147.

Wie denn 2) aus den bisher verhandelten Acten hinlänglich erhellet, daß der Herr Kläger sich in dem Besitze des Rechtes, die Michelstädter Waldungen zu umzäunen, nicht befindet, vielmehr mit der intendirten Umzäunung derselben etwas neues bezwecket, dem Jagdberechtigten aber auf fremdem Grund und Boden, nur diejenigen Befugnisse, welche er rechtlich hergebracht hat, zugestanden werden können f);

Hiernächst 3) das Jagdrecht an sich, als eine bloße Befugniß, die in den Forsten lebenden wilden Thiere sich ausschließend zuzueignen, das Hägerecht keinesweges in sich fasset, wenn nicht der Jagdberechtigte zugleich freyer und uneingeschränkter Waldeigenthümer ist;

Wogegen 4) die Regalität der Jagden in den Gräflich Erbachischen Landen, und daß der Herr Kläger, als Glied des Gräflichen Gesammthauses, das Jagdrecht in den sonst unter Fürstenauischer Landeshoheit stehenden Michelstädter Waldungen vi superioritatis territorialis ausübe, nicht in Betrachtung kömmt, indem selbst da, wo der Landesherr die Jagd ausschließlich in dem ganzen Lande, also auch in den Privat-Waldungen der Unterthanen auszuüben berechtiget und dieselbe mithin als ein Hoheitsrecht zu betrachten ist, dadurch der Begriff des Jagdrechtes keines Weges verändert, noch ein in demselben nicht liegendes Hägerecht

f) Pfeffinger, ad Vitriarium T. 3. p. 1433.

gerecht begründet wird, weil dem Landesherrn in diesem Falle zwar ein ausschließliches, deßwegen aber doch kein größeres, den allgemeinen Begriff überschreitendes, und am wenigsten ein den Eigenthumsrechten der Unterthanen nachtheiliges Jagdrecht zugeeignet werden kann g): wie denn überhaupt Jagen und Hagen zwey ganz verschiedene Befugnisse sind, und von dem ersteren auf das letztere nicht geschlossen werden kann h), daher, wo auch das Jagen ein bloß landesherrliches Vorrecht ist, dennoch darin überall kein rechtlicher Grund liegt, die Waldungen der Unterthanen wider ihren Willen umzäunen zu dürfen i), nach welchen Grundsätzen auch das Kaiserliche Reichs-Kammergericht bereits im Jahr 1578 in Sachen der drey Gemeinden St. Johann, Dassenheim und Steinberg gegen den Grafen von Hanau dahin erkannt hat: daß Beklagtem auf der

g) v. Beust, von der Jagd- und Wildbanns-Gerechtigkeit, Hauptst. 5. §. 12. S. 114.

h) Meurer, vom Forst- und Jagdrecht Thl. 2. Tit. Ob der zu Jagen, auch zu Hagen habe? Berger, de iure venandi feras, posit. 17. Friderus, Mind. de Mandatis L. 2. cap. 41. n. 1. Sam. Stryk, in Fritschii Corp. iur. venat. forest. pag. 904. seq. Ioh. Heinr. Herold. Observat. forest. Obs. 8. §. 15 apud Fritschium p. 1168. Ickstatt, de eo, quod iure publico univers. et particulari iuris est circa venationes Cap. 5. §. 36.

i) Moser, von der Landeshoheit in Ansehung der Erde und des Wassers, Kap. 5. §. 31. S. 130.

der Kläger eigenthümlichen Wald zu hagen, auch Förster und Baumwärter zu setzen, nicht geziemet und gebühret k), mithin, wenn gleich der Herr Kläger in Ansehung der Michelstädter Stadtwaldungen die Jagdgerechtigkeit des gräflichen Gesammthauses ausübet, daraus das behauptete Hägerecht dennoch keines Weges gefolgert werden kann;

Auch 5) ein allgemeines Herkommen, vermöge dessen das Hägerecht mit dem landesherrlichen Jagdregale unbeschränkt und mit Inbegriff des Rechts Wildzäune auch auf fremdem Grund und Boden zu errichten verbunden seyn soll, nicht zu behaupten, vielmehr das Gegentheil aus den in neuern Zeiten in verschiedenen Ländern ergangenen Verordnungen und abgeschlossenen Landesverträgen zu entnehmen ist;

Eben so wenig 6) das Hägerecht aus dem Begriffe eines ursprünglichen Königlichen Forst- und Wildbannes hergeleitet werden kann, indem ein solcher Forst- und Wildbann nur darin bestand, die Beeinträchtigungen des Jagdrechtes durch Strafgesetze und deren Vollstreckung abzuwenden, auch gewisse Anordnungen zu machen l), hingegen die Befugniß, auf fremden Grund und Boden das Wild durch

k) Klock, T. 1. Cons. 29. n. 481. v. Beust, von der Jagd- u. Wildbanns-Gerechtigkeit, S. 117.

l) Stisser, Forst- und Jagdhistorie, Kap. 1. §. 15. Runde, Teutsches Privatrecht, §. 150. Danz, Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts, Thl. 2. §. 150. 151.

durch Zäune einzuschließen, darin nicht begriffen war, vielmehr die alten Königlichen Bannforste theils auf dem unmittelbaren Eigenthum der teutschen Kaiser und Könige, theils an denjenigen Orten, welche niemand zugeeignet, sondern dem gemeinen Gebrauche überlassen waren, angelegt worden sind m), davon also auf die gegenwärtige Verfassung und zum Nachtheil der Waldeigenthümer keine Folge gezogen werden kann; demnach, wenn auch das Jagd-Regal des gräflichen Hauses von einem Königlichen Bannforste seinen Ursprung haben sollte, daraus das behauptete Hägerecht in den Michelstädter Stadtwaldungen für erwiesen doch nicht anzunehmen ist;

Nicht zu gedenken, daß 7) das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden billig nach den bey Dienstbarkeiten überhaupt eintretenden Grundsätzen beurtheilet werden muß, folglich dasselbe weiter, als es rechtlich hergebracht ist, nicht ausgedehnt werden darf n);

Uebrigens 8) aus dem Rechte der Feldeigenthümer, das Wild von ihren Feldern durch jedes unschädliche Mittel abzuhalten, eine Befugniß des Jagdberechtigten, das Wild in einen fremden, ihm nicht

m) Struben, Nebenstunden, Thl. 1. Abh. 2. §. 3.

n) Stryck, Usus mod. Pand. lib. 41. Tit. 1. §. 7. Pfeffinger, ad Vitr. T. 3. pag. 1433. 1434. v. Beust, von der Jagd- und Wildbanns-Gerechtigkeit, S. 151.

nicht gehörigen Wald einzuschließen und zu dem Ende denselben zu umzäunen, nicht gefolgert werden kann;

Bey welchen Umständen 9) es allenfalls auch nicht darauf ankömmt, ob die Anlegung des befragten Wildzaunes der beklagten Stadt nachtheilig oder vortheilhaft sey, indem niemand wider seinen Willen zur Entsagung seiner Rechte, auch nicht unter dem Vorwand seines eigenen Vortheils, angehalten werden kann, zumal in dem vorliegenden Falle die gänzliche Unschädlichkeit des Wildzaunes nicht völlig außer Zweifel gesetzt ist;

Hiernächst 10) die beklagte Stadt keines Weges verpflichtet ist, also auch nicht gezwungen werden kann, zum Vortheile der Gräflich Erbach-Erbachischen Unterthanen einer Einschränkung ihrer Eigenthumsrechte sich zu unterwerfen, auch die aus ihrer Weigerung wegen Anlegung des mehrgedachten Wildzauns entstehenden Schwierigkeiten keine Verbindlichkeit, ihre in Rechten gegründeten Widersprüche aufzugeben, nach sich ziehen;

Endlich 11) selbst die anerkannte Nützlichkeit eines Wildzaunes den Richter nicht ermächtiget, in die Eigenthumsrechte der beklagten Stadt einzugreifen, obgleich eine gütliche Uebereinkunft unter landesherrlicher Autorität und Vermittelung wohl zu wünschen seyn möchte;

Schließlich 12) sowohl in Ansehung der hervorleuchtenden guten Absicht des Herrn Klägers, als auch wegen der vorgebrachten nicht ganz unerheblichen Rechtsgründe die Unkosten billig zu vergleichen gewesen;

Als sind wir, wie im Urtheile enthalten, zu erkennen bewogen worden.

XVI.

Ueber den Schadensersatz aus der Lege Aquilia.

Der Bürger L. zu N. gieng eines Tages an dem Hause seines Nachbars B. vorbey und wurde von dem Hunde desselben angefallen. Er trieb ihn zurück, ohne ihn zu beschädigen, schoß ihn aber an demselben Tage noch, da er ihn zufälliger Weise auf dem Felde antraf, nieder. Der Eigenthümer des Hundes klagte auf Schadloshaltung, versicherte, daß er ihn nicht um vier Louisd'or hätte missen wollen, und bat, diese ihm zuzuerkennen.

Der Beklagte gestand, den Hund des Klägers vorsätzlich erschossen zu haben. Die Entschädigungsforderung des letztern war also an und für sich gegründet a). Aber der Beklagte setzte ihr die richtige, gesetzliche Einrede entgegen, daß Nothwehr ihn zu der That bewogen habe b). Der erschossene Hund sey überhaupt sehr beissig gewesen und habe vie-

a) §. 13. I. de leg. Aquil. Cons. Tub. Vol. 6. cons. 9. n. 26.

viele Leute angefallen und zu beissen versucht. Nicht nur in der Stadt, sondern auch nachher noch auf dem Felde sey der Beklagte von ihm angegriffen worden. Noch ärgerlich über den ersten Anfall, habe er den zweyten durch den tödtlichen Schuß abgewendet.

Der Grund der Klage war eingeräumt. Es kam also bloß auf den Beweis der Einrede an, da der Kläger sie in Abrede stellte. Die unfreundliche Gemüthsart des Hundes und die Gewohnheit desselben, Vorübergehende anzufallen, so wie sein Angriff auf den Beklagten in der Stadt wurde hinreichend bescheinigt. Aber daß der Hund den Beklagten auch auf dem Felde angefallen und zu beissen versucht habe, darüber konnte er so wenig eine Bescheinigung beybringen, daß vielmehr ein von ihm producirter Zeuge versicherte, der Beklagte habe zu ihm, als er den Hund des Klägers auf dem Felde gesehen, gesagt, daß er denselben, wenn er ihm nur ankommen könne, todt schießen wolle, weil die Canaille ihn heute Morgen habe beissen wollen.

Die Haupteinrede fiel also hinweg. Die böse und gefährliche Eigenschaft des Hundes berechtigte den Beklagten nicht zum Todtschießen. Er konnte davon bey der Obrigkeit Anzeige thun, und einen Befehl auswürken, daß der Kläger seinen Hund gehörig verwahren oder hinwegschaffen solle. Dieß that er nicht, sondern übte offenbar eigenmächtige Privatrache,

b) L. 4. pr. l. 5. D. ad leg. aquil.

rache. Der Kläger war also Entschädigung zu fordern berechtigt; daher keinesweges ein pretium affectionis, sondern allein den erweislichen wahren Werth des geschossenen Hundes; pretia enim rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur c).

Aus diesen Gründen erkannte die Göttingische Juristen-Facultät in dieser Sache:

daß Beklagter dasjenige, so ihm zu bescheinigen obgelegen und er sich angemaßet, wie recht nicht dargethan, derowegen derselbe den erweislichen Werth des von ihm erschossenen Hundes sowohl, als die durch diesen Proceß verursachten Kosten, nach deren vorgängiger Ansetzung und richterlicher Ermäßigung, dem Kläger zu erstatten schuldig.

c) L. 33. D. ad leg. Aquil. L. 63. D. ad leg. Falcid.

XVII.

XVII.

Eine vor zwey Notarien bestellte Hypothek ist keine hypotheca quasi publica.

Im December 1795 entlehnte der Bürger B. von S. J. die Summe von 200 Rthlr. Unterm 15. Jul. 1796 stellte der Schuldner dem Gläubiger eine Schuld- und Pfandverschreibung darüber aus, welcher dessen Ehefrau, unter gleichmäßiger Verpfändung ihres Vermögens, als Bürgin beytrat. Der der Hauptverschreibung angehängte Bürgschein ist vom 14. Jul. 1796, also einen Tag früher als jene datirt. Unmittelbar unter diesen Bürgschein ist folgendes Notariats-Zeugniß gesetzt:

„In unserer, der beyden requirirten Notarien Gegenwart hat am 15. Jul. 1796 der .... B. vorstehende Schuld- und Pfandverschreibung genehmigt, und Hand und Unterschrift anerkannt. Dessen Ehefrau aber ebenfalls die Bürgschaft nach geschehener Erklärung und eidlicher Entsagung der angeführten Rechtswohlthaten übernommen und am 14. Jul. 1796 ihre Hand und Siegel in unserer

ferer Gegenwart recognoscirt, welches wir hiedurch auf Verlangen sub fide notariali bezeugen. H. am 14. und respective 15. Jul. 1796".

Unterschrift der Notarien.

Auf diese Urkunde wollte nun der Gläubiger eine hypothecam quasi publicam begründen und bey entstandenem Concurs ein Vorzugsrecht davon ableiten. Seine Ansprüche wurden aber als ungegründet verworfen, weil die vor zwey Notarien bestellte Hypothek sowohl in abstracto, als in concreto, für eine hypotheca quasi publica nicht geachtet werden könne.

Zu einer solchen Hypothek gehört die Unterschrift von wenigstens dreyen Zeugen; in dem vorliegenden Falle aber haben nur zwey Notarien die Pfand- und Schuldverschreibung unterschrieben. Hier mußte man also annehmen, daß ein Notar so viel gelte, als zwey Zeugen, die nicht Notarien sind. Es fehlt auch nicht an Gerichtshöfen und Rechtsgelehrten, die dieser Meynung sind. So behauptet Hert a): pro Notario est praesumtio, ut eius testimonio fides detur et vel duorum testium vices subeat. Mevius b), Brunnemann b) und mehrere andere stimmen im Wesentlichen damit überein und beziehen sich zum Theil auf Präjudicien angesehener

a) Resp. 714. n. 2.

b) P. 5. dec. 171.

c) Proc. civ. c. 19. n. 1.

hener Gerichtshöfe. Allein dieser Meynung stehen Römisches Recht, Reichsgesetze und vaterländisches Recht entgegen.

Was zuförderst das Römische Recht betrift; so kömmt es auf dieses bey der Bestimmung der Erfordernisse einer hypothecae quasi publicae eigentlich ganz allein an, da dieselbe ihren Grund lediglich in der l. 11. Cod. qui potiores in pignore hat, wo einer öffentlichen, wenn gleich jüngern Hypothek der Vorzug vor einer ältern Privat-Hypothek beygelegt wird, jedoch mit der näheren Bestimmung, daß auch die letztere, wenn sie mit der Unterschrift dreyer oder mehrerer unverdächtiger, glaubwürdiger Zeugen versehen sey, einer öffentlichen Hypothek gleich gehalten werden soll.

Dieser Verordnung allein hat die hypotheca quasi publica ihren Ursprung zu danken und eine kurze analytische Uebersicht des ganzen Gesetzes wird zeigen, wie sehr dabey die Absicht seines Urhebers auf die höchste, der öffentlichen gleichkommende Glaubwürdigkeit gerichtet ist.

Im allgemeinen bleibt die Regel fest stehen: qui prior est tempore, potior est iure d). Nur machte der Gesetzgeber zwischen der Eingehung einer bloß persönlichen Verbindlichkeit und der Bestellung einer Hypothek den wichtigen Unterschied, daß bey jener Privaturkunden gleiche Kraft, wie öffentliche haben

d) L. 4. C. qui potiores in pignore.

haben, bey dieser hingegen leßtere allezeit den ersteren vorgehen sollen. „Scripturas, so heißt es, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, interve. nientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiocheira graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non, licet conditionales sint, (quos vulgo tabularios appellant), sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus.

Wenn also bloß von einer persönlichen Klage die Rede ist; so hat eine von den Ausstellern unterzeichnete Privat-Urkunde dieselbe Kraft wie eine öffentliche, und es kömmt dabey nicht darauf an, ob die Partheyen alles unter sich allein oder mit Zuziehung von Fremden verhandelt haben. Auch ist es gleichgültig, ob der Aussteller die ganze Urkunde selbst geschrieben, oder sich dazu der Hand eines Notars oder irgend eines Dritten bedient hat. Eben so wenig macht es einen Unterschied, ob Zeugen zugezogen sind oder nicht, und selbst wenn sogenannte Tabularii, als Zeugen gebraucht worden wären; so erhält die Urkunde doch dadurch keine größere Kraft. Das Gesetz nimmt also hier auf die angeblichen Stammväter unserer heutigen Notarien nicht die geringste Rücksicht und legt einer Urkunde, wobey sie gebraucht worden sind, keinen größern Werth bey, als einer solchen, die bloß allein von den Contrahenten

ten ordentlich unterschrieben ist. Und doch waren römische Notare und Tabulare, was die heutigen Notare nicht sind, öffentlich bestellte Staatsdiener e).

Wenn aber gleich in Rücksicht auf persönliche Klagen öffentliche und Privaturkunden einander ganz gleich seyn sollen; so gilt doch derselbe Grundsatz keinesweges von solchen Verschreibungen, durch welche ein ius in re, ein ius contra tertium, und namentlich ein Pfandrecht begründet werden soll. Zwar behalten auch in diesem Falle Privaturkunden völlig verbindliche Kraft, aber sie müssen öffentlichen, mit welchen sie zusammentreffen, weichen, wenn sie gleich älter sind, als diese. Hier also fällt die Regel: sicut quis prior est tempore, ita est potior iure, hinweg. „Sin autem, sagt der Gesetzgeber, ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur.“ Jedoch wird auch den Privaturkunden unter einer gewissen Bedingnng derselbe Vorzug, wie den öffentlichen beygelegt, und diese Bedingung ist: daß außer der Unterschrift

e) Vergl. l. 3. C. de tabul. Nov. 43. 47. Iac. Gutherius, de officiis dom. Aug. Lib. 5. cap. 9. Brissonius, de Verb. sign. Art. Notarii. Schubert, de comitibus palatinis caesareis p. 252. seq. Runde, Bericht an das Reichs-Cammergericht in Sachen verschiedener Hildesheimischer Notarien wider Ihro Hochfürstl. Gnaden, Fürsten-Bischof zu Hildesheim 1796. §. 29. Teutsches Staats-Magazin 1. 282. f.

schrift der Contrahenten noch die von drey oder mehreren rechtschaffenen Männern hinzukomme. Unter dieser Voraussetzung macht der Gesetzgeber zum Vortheil der Privat-Pfandverschreibungen die Ausnahme, daß sie, mit solchen Unterschriften versehen, den öffentlichen gleichgesetzt werden sollen. Und nur durch die Mitunterschrift von wenigstens drey glaubwürdigen Männern kann dieß bewirkt werden, indem es ausdrücklich heißt: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiocheiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

Der Grund dieser Ausnahme liegt unstreitig darin, daß eines Theils das, was in dreyer Zeugen Gegenwart verhandelt ist, leichter im Publicum bekannt wird, andern Theils durch die Theilnahme dreyer oder mehrerer rechtschaffener Männer allen möglichen Betrügereyen und Unrichtigkeiten leichter vorgebeugt werden kann. Ueberall ist aber den Notarien oder Tabularien keine besondere Glaubwürdigkeit beygelegt, vielmehr hier ihrer weiter gar nicht gedacht, und bey den zuerst in dem Gesetze berührten Urkunden ist ausdrücklich gesagt, daß auf ihre Zuziehung dabey gar nichts ankomme. Wenigstens dreyer rechtschaffener Männer Mitunterschrift fordert der Gesetzgeber — sollte er der Meynung gewesen seyn, daß Ein Notar oder Tabular (und diese Männer waren damals doch öffentliche Staatsbediente) soviel gelten könnte, als zwey andere Männer von erprobtem und unverletzt gutem Rufe?

So wenig ist dieß im Geiste der römischen Gesetzgebung, daß vielmehr aus derselben das Gegentheil deutlich hervorleuchtet. Uebereinstimmend mit der l. 11. C. qui pot. in pignore heißt es in der Nov. 73. cap. 1. si quis igitur vult caute deponere, non soli credat accipientis scripturae, sed advocet etiam testes et non minus tribus, und in der Nov. 73. cap. 5: „Sed etsi instrumenta publice confecta sint, licet tabellionum habeant supplementum, adiiciatur et eis, antequam compleantur sicut dictum est, testium ex scripto praesentia, wobey Gothofred bemerkt: „instrumentum non dicitur completum, priusquam subscriptum a testibus sit, adeo ut sola tabellionis subscriptio non sufficiat, nec credatur scripturae tabellionis sine testibus; in iudiciis tamen acta sine testibus valent. l. 31. C. de donat.“

Wenn nun das Gesetz die subscriptionem trium vel amplius virorum probatae atque integrae opinionis fordert, um Privat-Pfandverschreibungen gleichen Vorzug mit öffentlichen beylegen zu können; so sind zwey Notarien doch immer nur zwey glaubwürdige Männer und es fehlt offenbar der dritte, den das Gesetz verlangt, wenn die zugelassene Ausnahme Statt finden soll. Es ist auch nirgends gesagt, daß ein Notar so viel werth seyn soll, als zwey andere rechtschaffene Zeugen und ohnehin sind dem römischen Recht die Notarien jetziger Art ganz und gar fremd.

Ueberdieß will der Gesetzgeber bloß eine Ausnahme von seiner Vorschrift zulassen, und das wenigste was er fordert, ist die Unterschrift dreyer

rechtschaffener Männer. Dabey muß man also so lang stehen bleiben, bis erwiesen werden kann, daß nach neuerem Rechte ein Notar so viel gelte als zwey andere Zeugen.

Dieser Beweis wird aber aus den Gesetzen nie angeführt werden können, und auf eine angebliche Gerichtsobservanz wird in diesem Falle gewiß anwendbar seyn, was die Gesetze sagen: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet f). Gegen die Autorität der Rechtsgelehrten aber wird die Anweisung schützen: „non ex multitudine auctorum quod melius et aequius est, iudicatote, cum possit unius et deterioris sententia et multas et majores in aliqua parte superare g).

Die Reichsgesetze haben die Glaubwürdigkeit der Notarien lediglich an die Gegenwart tüchtiger Zeugen gebunden, und daraus ist das Sprichwort entstanden: Ohne Zeugen wird keinem Notar geglaubt. Die Notariatsordnung, die man doch als die eigentliche Norm ansehen muß, wornach der Notarien Handlungen in Teutschland abzumessen und einzurichten sind, kennt gar kein gültiges Notariats-Instrument oder Protocoll ohne Zeugen, und, wo die Zahl nicht bestimmt ist, versteht sichs von selbst, daß es wenigstens

f) L. 39. D. de leg. L. 13. C. de sent. et interloc.

g) L. 1. §. 6. C. de de vetere iure enucl.

stens zwey seyn müssen h). Der Notar soll nichts in seinem Protocoll aufschreiben, als was vor ihm und den Zeugen gehandelt wird und geschieht, und das so er mit seinen leiblichen Sinnen vermerkt. Bey Gegenständen des Gesichts und des Gehörs ist es genug, daß der Notar in Beyseyn der Zeugen sehe und höre. Wo es aber auf versuchen oder kosten, tasten, riechen oder schmecken ankömmt, da ist es nothwendig, daß das die Zeugen vor ihm thun, und was sie durch ihre Sinnen bemerken, vor den Partheyen, Zeugen und dem Notar bezeugen. „Dann von diesem bezeugen, aber nicht von seinem eigenen versuchen oder kosten, tasten noch Geruch mag ein Notar kräftiglich bezeugen. Doch wo er solcher Bezeugniß der Zeugen den Zusatz thut, daß er dergleichen auch mit versuchen, tasten, oder riechen empfangen hätte, das thut nicht weniger Glaubens" i). Auf die Zeugen also kömmt es hauptsächlich an, und nirgends zeigt sich eine Spur, daß der Gesetzgeber einem Notar doppelte Glaubwürdigkeit hat beylegen wollen, oder daß die Notariats-Zeugen überflüssig seyn sollen, wenn an ihrer Stelle ein zweyter Notar zugezogen wird.

Daß der Gesetzgeber auch nicht entfernt einen solchen Gedanken gehabt hat, erhellt deutlich aus der Vor-

h) „Vbi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est." L. 12. D. de testibus.

i) Notariatsordnung §. 10.

Vorschrift wegen der Testamentszeugen k), wornach deren wenigstens sieben seyn sollen, der Notar aber auch dazu gerechnet wird. Hier gilt er also nur in seiner natürlichen Einheit. Hätte nach des Gesetzgebers Willen Ein Notar so viel als zwey andere glaubhafte Männer seines Amtes wegen gelten sollen; so würden neben ihm, nur noch fünf Zeugen nöthig gewesen seyn l). Eben so würde alsdann ein vor drey Notaren und einem Zeugen errichtetes Testament gültig seyn, was jedoch niemand behaupten wird.

Wenn man aber auch nach diesem allen die doppelte Glaubwürdigkeit eines Notars, als unerwiesen anerkennt; so entsteht noch der Zweifel, ob nicht eine vor zwey Notarien bestellte Hypothek nach teutschem Rechte um deßwillen für eine öffentliche zu halten sey, weil die Notarien öffentliche Personen sind? Dieser Zweifel verschwindet aber, wenn man erwägt, daß im eigentlichen Sinne eine öffentliche Hypothek nur diejenige ist, welche vor Gericht bestellt wird, die Notarien aber einigen Gerichtszwang überall nicht haben, und daß durch besondere gesetzliche Begünstigung nur diejenige Privat-Hypothek gleichen Vorzug mit der öffentlichen erhält, welche in einer von den Contrahenten und wenigstens drey glaubwürdigen Männern unterschriebenen Urkunde bestellt ist. Nun kann aber Ein Notar nicht die Stelle

k) Not. Ordn. Tit. von Testamenten §. 2.

l) v. Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen, Thl. 1. S. 315.

Stelle zweyer Zeugen vertreten, und folglich hat eine von zwey Notaren unterschriebene Schuld- und Pfandverschreibung zwar völlige Beweiskraft, aber keinesweges die Rechte einer öffentlichen Hypothek.

Was endlich das vaterländische Recht anbetrift; so verordnet der Oberappellations-Gerichts gemeine Bescheid vom 31. Sept. 1726, daß alle Notarien, solche Instruments-Zeugen, die Schreibens und Lesens erfahren, nicht allein bey ihren Verrichtungen brauchen, sondern auch unter die Instrumente selber der Instruments-Zeugen eigenhändige Unterschrift und Siegel setzen lassen sollen; und es ist diesem gemeinem Bescheide die ausdrückliche Ursache hinzugefügt, weil man nöthig finde, den Glauben eines Instruments nicht dem Notario allein zu überlassen. Daher wird auch der Regel nach in den hiesigen Gerichten nicht einmal einer a Notario absque testibus vidimirten Abschrift völliger Glaube beygelegt m), was auch der Praxis des Reichs-Cammergerichts völlig gemäß ist n). Selbst der Umstand, daß nach verschiedenen Statuten den vor zwey Notaren bestellten Hypotheken die Kraft einer hypothecae quasi publicae erst beygelegt worden ist, wie das die Oberappellations-Räthe v. Bülow und Hagemann o) von den

m) Strube, Rechtliche Bed. Thl. 5. Bed. 102. Pufendorf, Obs. iur. univ. P. 3. obs. 110.

n) Berlich, Dec. 100. Blum, Proc. cam. Tit. 63. n. 37. Hert, Decis. 748. n. 1

o) Practische Erörterungen Bd. 1. S. 153. Note **).

den Statuten der Städte Uelzen und Lüneburg bezeugen, bestätigt die Regel, daß da, wo es an solchen besondern Gesetzen mangelt, zwey Notarien die Stelle der erforderlichen drey Zeugen nicht vertreten können.

Soll demnach eine Privat-Hypothek in eine hypothecam quasi publicam verwandelt werden; so muß sie schlechterdings entweder in einer von drey glaubwürdigen Männern unterschriebenen Urkunde oder in einem Notariats-Instrumente, das von dem Notar und zweyen Zeugen unterschrieben ist, bestellt werden. Beydes hat in Ansehung des Vorzugs vor ältern Privat-Hypotheken gleiche rechtliche Wirkung; der letztere modus ist jedoch in Rücksicht auf den Beweis vorzuziehen p). Eine vor zwey Notaren errichtete Hypothek bleibt aber immer Privat-Hypothek.

In dem vorliegenden Falle kamen nun noch besondere Umstände hinzu, welche, selbst wenn man im allgemeinen das Gegentheil anzunehmen und einen Notar an Statt zweyer Zeugen gelten zu lassen geneigt gewesen wäre, dieser Lehre hier keine Anwendung gestatteten.

Denn erstlich, hätte einer der zugezogenen Notare die Stelle zweyer Zeugen wirklich vertreten können; so mußte doch nothwendig angezeigt werden,

p) von Bülow und Hagemann, a. a. O. S. 313. 314.

den, welcher von ihnen nur als Zeuge adhibiret werden solle, und daher in dieser Eigenschaft requirirt worden sey: indem bey einer solchen Verhandlung die Geschäfte eines Notars von den Geschäften eines Zeugen sehr verschieden sind, und man, um beurtheilen zu können, ob Jeder das Seinige verrichtet habe, wissen muß, in welcher Eigenschaft Jeder aufgetreten ist. Hieran fehlte es aber in dem befragten Falle gänzlich, da beyde Notarien auf gleiche Weise dasjenige, was sie unter dem Bürgschein bezeugt haben, bloß als Notarien attestirt auch in dieser Eigenschaft den Bürgschein unterschrieben und untersiegelt haben.

Zweytens besagt das unter dem Bürgschein befindliche Notariatsdocument, in so weit es die Bürgschaft der Frau angeht, nichts weiter, als daß die B — sche Ehefrau die Bürgschaft, nach geschehener Erklärung und eydlicher Entsagung der angeführten Rechtswohlthaten, übernommen und am 14. Jul. 1796 ihre Hand und Siegel in der Notare Gegenwart agnosciret habe, welches sie sub fide notariali bezeugten. Wenn es nun gleich nicht nothwendig ist, daß in der Notarien und Zeugen Gegenwart die Bestellung der Hypothek nochmals förmlich wiederholt werde; so ist doch hier weiter nichts attestirt, als daß die Ehefrau die Bürgschaft übernommen und Hand und Siegel anerkannt habe. Das bloße Zeugniß der Notarien von dieser Anerkennung kann nun ohnehin keine hypothecam quasi publicam bewirken, und überdieß erhellet aus der Notariatsurkunde nicht einmal, daß derjenige Notar, welcher die Stelle zweyer Zeugen vertreten sollte,

von dem ganzen Inhalte des Bürgscheins gehörige Kenntniß erhalten habe, welches doch, der Natur der Sache und dem Zwecke des Gesetzes nach, wesentlich erforderlich ist q).

Endlich drittens mußte es nicht wenig auffallen, daß nach dem oben wörtlich angeführten Documente der Bürgschein einen Tag früher datirt war, als die Haupt-Schuld- und Pfandverschreibung, und daß auch die Notarien diesen anscheinenden Widerspruch auf keine Weise aufzuklären sich bemüht haben. Die Sache mochte sich nun verhalten, wie sie wollte; so war ein mit so weniger Achtsamkeit verfaßtes Document keinesweges so beschaffen, daß man ihm die Kraft und den Vorzug eines instrumenti publici beylegen konnte.

q) Pufendorf, obs. iur. univ. T. 4. Obs. 198.

XVIII.

Aus den Reichs-Münzgesetzen kann der Cours einer Münzsorte nicht bewiesen werden.

Die Gesetze eines großen und mächtigen Reichs müßten billig immer die Vermuthung für sich haben, daß sie auch wirklich in Vollziehung gesetzt worden seyen. In wie fern diese Vermuthung bey den teutschen Reichsgesetzen überhaupt als Regel eintrete oder nicht, mag hier ununtersucht bleiben. So viel ist gewiß, daß wenn eine Reihe auf einander folgender Gesetze die einmüthige Klage über ihre Nichtachtung enthält, alsdann diese Vermuthung nothwendig hinwegfallen muß. Eine solche Klage findet man in allen Reichs-Münzgesetzen von den ältesten bis auf die neuesten Zeiten. Von eigentlichen Münzverfälschungen, obgleich auch darüber immer Beschwerden genug geführt wurden, ist jedoch hier die Rede nicht; sondern nur davon, daß beynahe in jedem teutschen Lande ein eigener, von dem vorgeschriebenen Reichs-Münzfuße abweichender Münzfuß

fuß eingeführt wurde. Wenn daher in einem Reichsgesetze eine gewisse Münzsorte nach ihrem äußern und innern Gehalt bestimmt und selbst als allein gültig im teutschen Reiche anerkannt ist; so folgt daraus doch nicht, daß diese Münze auch wirklich im ganzen Reiche eingeführt worden sey und Cours erhalten habe; sondern derjenige, welcher dieses behauptet, muß seinen Satz gegen das Zeugniß der späteren Reichsgesetze beweisen.

In der Grafschaft Limburg wurde aus einer Urkunde von 1683 eine Schuld von 100 Goldgulden eingeklagt, und von dem Kläger behauptet, daß ihm rheinische oder Reichs-Goldgulden gebühren, weil in Gemäßheit der Reichs-Münzordnung von 1559 und der nachfolgenden Reichs-Münzgesetze keine andere Art von Goldgulden in dem Reiche erlaubten Cours gehabt habe, vielmehr die vorhanden gewesenen Goldgulden von geringerem Gehalte ohne Unterschied gänzlich verboten und außer Cours gesetzt worden seyen, daher der in der Urkunde von 1683 gebrauchte allgemeine Ausdruck: Goldgulden, nicht anders, als von reichsgesetzmäßigen, erlaubten und gangbaren Goldgulden, verstanden werden könne.

Diese Schlußfolge des Klägers ward jedoch nicht für richtig erachtet. Denn es ist 1. aus der Geschichte des teutschen Münzwesens hinlänglich bekannt, daß die Verordnungen wegen der guten und Probe haltigen goldenen und silbernen Münzsorten niemals völlig und allgemein im Reiche befolgt worden sind, insbesondere aber, daß der Reichs-Münzordnung von 1559 auch in Ansehung der goldenen

Mün-

Münzen, obgleich nicht in so hohem Grade, wie in Rücksicht auf die Silbermünzen, häufig entgegen gehandelt worden ist: wie denn schon aus dem Reichsabschiede von 1566 a) erhellet, daß nicht nur viele geringhaltige goldene Münzen noch im Cours gewesen, sondern auch neu ausgemünzt worden sind b). Auch ergiebt sich 2. aus dem Zusammenhange aller nachfolgenden Reichs-Münzgesetze und ist ohnehin notorisch, daß die beabsichtigte vollständige Verbesserung des teutschen Münzwesens nie hat durchgesetzt werden können. Insonderheit befand sich dasselbe 3. zu der Zeit, als die Schuldverschreibung vom Jahre 1683 ausgestellt wurde, in einer so übeln Lage, daß goldene Münzen überhaupt nicht leicht aufzutreiben c), und vorzüglich Goldgulden von weit geringerem Schrot und Korn, als die Reichs-Münzordnung vorgeschrieben hatte, beynahe überall im Cours waren d). Diesemnach konnte aus der bloßen Vorschrift der Reichs-Münzordnung von 1559 der Beweis nicht geführt werden, daß der Schuldner im Jahre 1683 reichsgesetzmäßige Goldgulden erhalten habe, folglich auch dessen Nachfolger jetzt verbunden sey, den Werth derselben zurückzuzahlen.

a) §. 147. f.

b) Moser, von den teutschen Reichstags-Geschäften, S. 1390.

c) Dav. Thomanns, gründliche Information v. geringhaltigen Ausmünzen, 1684. in dessen actis publ. monet. Thl. 3. S. 154.

d) Dessen act. publ. monet. Thl. 2. S. 275.

XIX.

In wie fern ist ein Zunftgenosse zu den bey seiner Zunft hergebrachten persönlichen Diensten verpflichtet?

Bey mehreren Zünften ist es hergebracht, daß die jüngeren Meister gewisse Dienste verrichten müssen, von welchen sie nur durch allmähliges Hinaufrücken in der Reihe der Meister und durch Aufnahme neuer Meister mit der Zeit befreyt werden.

In der Schmiede- und Schlosserzunft zu Giessen besteht das Herkommen, daß die zehen jüngsten Meister verbunden sind, die Leichen ihrer Zunftgenossen zu tragen. Der Hof-Büchsenmacher Wittemann hielt sich zu dieser Zunft, zog aber in der Folge nach Darmstadt, wobey er jedoch erklärte, daß er nach wie vor, bey der Zunft bleiben wolle. Diese verlangte nun auch nach seiner Entfernung dessen Concurrenz zum Leichentragen, da er unstreitig zu den zehen jüngsten Meistern gehörte. Er wollte sich aber dazu nicht verstehen, und veranlaßte dadurch einen Rechtsstreit, der in der Appellationsinstanz

zum

zum Vortheil der von ihm verklagten Zunft dergestalt entschieden wurde, daß dem Kläger bloß der Beweis einer entgegengesetzten Observanz vorbehalten blieb.

Dieser hielt sich aber dadurch beschwert, weil 1. die in Frage stehende Verbindlichkeit der zehen jüngsten Meister nicht in den Zunftartikeln, sondern in einem bloßen Herkommen gegründet sey, er aber läugne, daß dieses Herkommen die Concurrenz auswärtiger Meister zu dem Leichentragen zur Pflicht mache, folglich die Zunft diese ihre Behauptung zu beweisen schuldig sey: zumal da 2. jene Concurrenz auswärtiger Meister ohnehin unbillig scheine, indem dergleichen Freundschafts-Dienste gegenseitig seyn müssen, dieses aber bey Klägers Entfernung von Gießen nicht möglich sey. Selbst die beklagte Zunft erkenne 3. daß dem Kläger das Leichentragen in Person nicht zugemuthet werden könne. Daraus folge aber, daß er dasjenige, was er in Person zu thun nicht schuldig sey, durch einen Substituten verrichten zu lassen oder sonst zu bezahlen nicht gehalten seyn könne. Ueberdieß 4. liege es in der Natur der Sache selbst, daß ihm, der die Vortheile eines persönlichen Aufenthalts in Gießen nicht genieße, auch bloß persönliche Lasten nicht aufgebürdet werden dürfen. Wie denn 5. damit auch die bekannte Gewohnheit übereinstimme, wornach hinwegziehende Bürger, welche ihr Bürgerrecht beybehalten, nur eine kleine Geldabgabe bezahlen, aber zu keinen persönlichen Diensten angehalten werden.

Diese, übrigens nicht unscheinbaren Gründe konnten jedoch keine Abänderung des vorigen Erkenntnisses bewirken, sondern die Göttingische Juristen Facultät bestätigte dasselbe unbedingt. Der Kläger konnte 1. das Herkommen bey der Zunft, und daß er demselben bey seiner Aufnahme sich unterworfen, auch während seines Aufenthalts zu Gießen seine Obliegenheit wirklich erfüllt, und bey seinem Abzuge nach Darmstadt, bey der Zunft bleiben zu wollen, sich erklärt habe, nicht in Abrede stellen. Hieraus folgte nun von selbst, daß er zwar seinen Wohnort, nicht aber seine Verbindlichkeiten gegen die Zunft verändert hatte, und da zu diesen Verbindlichkeiten auch die Concurrenz zum Leichentragen, so lange der Kläger einer der zehen jüngsten Meister war, unstreitig mit gehörte; so war schon im allgemeinen nicht abzusehen, wie er durch die freywillige Veränderung seines Wohnorts sich davon entledigt halten könnte. Der Kläger durfte sich solchen auswärtigen Meistern, die in dieser Eigenschaft gleich Anfangs in die Zunft aufgenommen waren, nicht gleichstellen, indem zwischen ihnen und einheimischen Meistern, die nachher hinwegziehen, aber doch Zunftglieder bleiben wollen, billig unterschieden werden muß, da zwar bey ersteren im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß man sie durch die Aufnahme in die Zunft zu persönlichen Diensten an dem Orte, wo die Zunft ihren Sitz hat, habe verbindlich machen wollen, dahingegen bey den anderen mit Grunde zu vermuthen ist, daß die Zunft ihre bisherigen Rechte und Ansprüche an den hinwegziehenden, aber in der Zunftverbindung bleibenden Meister nicht aufgegeben habe. Hiergegen kam 2. die vorgeschützte Unbillig-

billigkeit nicht in Betrachtung, da nicht die Zunft, sondern allein der Kläger durch sein Hinwegziehen nach Darmstadt die Erwiederung des befragten Freundschafts-Dienstes unmöglich gemacht hatte, vielmehr im Gegentheil daraus eine offenbare Unbilligkeit entstehen würde, wenn ein älterer Meister nunmehr wieder in die Stelle des Klägers eintreten sollte. Eben so wenig war 3. die Behauptung für gegründet zu halten, daß, weil der Kläger nicht angehalten werden möge, zu dem Leichentragen von Darmstadt nach Gießen in Person zu kommen, deßwegen auch die Bestellung eines Substituten oder die Bezahlung eines Stellvertreters nicht Statt habe, indem hier von keinem munere oder officio personalissimo die Rede war, sondern lediglich von einer solchen Verbindlichkeit, die gar wohl durch einen Stellvertreter verrichtet werden kann. Was aber 4. den Umstand, daß der Kläger an den persönlichen Vortheilen eines in Gießen sich aufhaltenden Meisters keinen Theil hatte, anlangte; so beruhete dieses lediglich auf seinem freywilligen Entschlusse, zur Beförderung seines eigenen Vortheils von Gießen nach Darmstadt zu ziehen, und konnte mithin gegen die beklagte Zunft zu deren Nachtheil nicht angeführt werden. Endlich kann 5. von der in Ansehung hinwegziehender Bürger ziemlich allgemeinen Observanz auf die Verfassung einzelner Zünfte mit Sicherheit nicht geschlossen werden, indem eines Theils die Verhältnisse derselben nicht gleich sind, andern Theils aber eine specielle Observanz auf andere Gegenstände und Subjecte nicht auszudehnen ist.

XX.

Muß das Recht des Vasallen am Lehen dominium vtile oder ususfructus heißen?

Diese Frage scheint beym ersten Anblick auf einem bloßen Wortstreite zu beruhen, und ganz unnütz zu seyn, was sie auch ist, wenn man über den Begriff und Umfang des Rechts, welches dem Vasallen am Lehen zusteht, sich völlig vereinigt hat. In diesem Falle mag man sich immerhin wegen der Terminologie nachgiebig bezeugen. Wenn aber aus der Benennung jenes Rechts für die ganze Theorie wichtige Folgerungen gezogen werden sollen; wenn der Begriff eines getheilten Eigenthums von dem Lehnsverhältnisse gänzlich entfernt werden soll: so ist allerdings der Streit von großer Wichtigkeit.

Der Ausdruck: dominium vtile, um damit den Inbegriff der Rechte des Vasallen am Lehen

zu

zu bezeichnen, ist nicht gesetzlich a), aber schon seit dem vierzehnten Jahrhundert gewöhnlich b). Der Ausdruck: usufructus hingegen hat allerdings die gesetzliche Autorität für sich. Nachdem der Feudist eine Definition von beneficium vorausgeschickt hat, sagt er: „huius autem generis species quaedam est beneficium illud, quod ex benevolentia ita datur alicui, vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat, usufructus vero illius rei ita ad accipientem transeat, vt ad eum heredesque suos in perpetuum pertineat c). Man sieht, daß hier die Absicht nicht war, die Rechte des Vasallen am Lehen ihrem ganzen Umfange nach mit einem Worte zu bezeichnen, sondern bloß ein hauptsächliches Recht zu benennen, da es hier offenbar nicht um eine strenge Definition, sondern um eine Beschreibung der besondern species beneficii zu thun war. Wie wenig überhaupt die ganze Stelle auf logische Richtigkeit Anspruch machen kann, fällt ohnehin in die Augen.

Daß es mit dem Worte usufructus nicht gethan ist; sehen alle Gegner d) des dominii vtilis

a) Doch heißt es II. Feud. 8. „rei per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare.

b) Scheidt, vom Adel, S. 275.

c) II. Feud. 23. §. 2.

d) Vergl. Horn, ius feud. c. 2. §. 8. Senckenberg, prim. lin. iur. feud P. 1. c. 7. §. 143 seq.

vtilis wohl ein, und daher wollen sie ihre Terminologie dadurch verbessern, daß sie zum Gegensatz von ususfructus iuris Romani, einen usumfructum Germanicum, vel qualificatum annehmen. Woltär nennt ihn geradezu usumfructum feudalem, und warnt dabey ernstlich, diesen usumfructum ja nicht nach dem römischen Rechte zu beurtheilen, auch nicht nach teutschem, sondern allein nach Lehnrecht und Gewohnheit oder nach besonderen Verträgen.

Also ein ususfructus, der kein ususfructus ist, wie man ihn gewöhnlich nimmt! Und was soll man denn nun bey dem Worte: ususfructus feudalis denken? — Den Inbegriff aller Rechte, die der Vasall an dem Lehen durch den Lehensvertrag und durch die Investitur erlangt. Eben dasselbe soll auch der Ausdruck: dominium vtile bezeichnen. Auch hier darf dominium nicht streng im römischen Sinn genommen werden. Auch hier muß man die eigenthümlichen Begriffe des Lehnrechts erst willkührlich mit dem Worte verbinden. Und nähert sich diesen Begriffen der Ausdruck: dominium vtile nicht mehr, als der sogenannte ususfructus Germanicus, feudalis, qualificatus? Führt dieser nicht zu mehr unpassenden Nebenideen, als jener? Nach römi-

seq. Eiusd. Med. de univ. iur. et hist. fasc. 2. med. 1. §. 4. Budäus, Gedanken von dem gemachten Unterschied unter dem obern und nutzbaren Eigenthum, in Zepernicks Samml. zum Lehnr. Thl. 4. Abh. 4. Woltär, in den Noten zu Mölleri Dist. feud. Cap. 2. dist. 1. n. 6. Dist. 4. n. 5.

römischen Begriffen darf keiner von beyden genommen werden; warum also nicht lieber den gebräuchlichern und in der That schicklichern Ausdruck beybehalten, von dem Jedermann weiß, welchen Begriff er damit zu verbinden habe? — Veränderungen in der einmal angenommenen Terminologie sind selten von großem Werthe, und die Rechtsgelehrten haben hierin gebundenere Hände, als andere, da ihnen das Gesetz selbst vorschreibt: „minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt“ e).

e) L. 23. D. de legibus.

XXI.

Ueber den Unterschied zwischen Landesverweisung, Landesräumung und Landesverbot.

Die Landesverweisung ist eine schwere peinliche Strafe, die ein grobes Verbrechen und eine vorhergegangene förmliche Untersuchung voraussetzt. Durch sie wird einem überwiesenen Verbrecher der Aufenthalt in einem Lande auf immer oder auf eine Zeitlang zur Strafe untersagt. Ihre gewöhnliche Begleiterin ist die Ehrlosigkeit.

Die Landesräumung ist eine eigentliche Policeyverfügung, manchmal zwar mit einer peinlichen Strafe verbunden, öfters aber auch bloße Sicherheits-Maßregel. Einem Landeseinwohner wird bloß aufgegeben, sich auf immer oder auf einige Zeit aus dem Lande zu begeben. „Sie pflegt, sagt Quistorp a), hauptsächlich zur Vermeidung eines Scandals anbefohlen

a) Peinl. Recht. §. 79.

fohlen, wie auch unruhigen Bürgern und Einwohnern aufgegeben zu werden". Koch b) vergleicht sie dem auf hohen Schulen gebräuchlichen consilio abeundi, und Leyser c) sagt: „recte magistratus civem inutilem et noxium, quem tamen criminis, quod relegationem mereatur, convincere nequit, e civitate sua finibusque iurisdictionis suae exire iubet, ac detrectantem etiam expellit. Id quod nec relegatio, nec poena est. Addo; magistratum ei, quem sic expellit, quamvis poscenti, rationem mandati sui reddere non esse obligatum". Diese Landesräumung zieht die Ehrlosigkeit so wenig nach sich, daß sie nicht einmal als eine eigentliche peinliche Strafe betrachtet werden kann.

Das Landesverbot, die Landesverweigerung geht gegen Auswärtige, welche in ein Land sich begeben, und welchen der Eintritt oder Aufenthalt in demselben untersagt wird d). Auch diese Verfügung gehört zu den Policeymaßregeln. Jeder Staat hat das Recht, verdächtigen oder sonst gefährlichen Leuten den Eintritt zu versagen, oder sie fort-

b) Inst. iur. crim. §. 132.

c) Med. ad Pand. Spec. 652. m. 14. 15. In wiefern die Landesräumung, als Sicherungsmittel gegen gefährliche Inquisiten, welche die Tortur ohne Bekenntniß überstanden haben, auch vom peinlichen Richter erkannt werden kann, s. Meister, Pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht, Thl. 2. Bem. 22. und die dort angef. Schriften.

d) v. Quistorp, a. a. O.

fortzuschaffen, wie auch gewissen Gattungen von Fremden den Eingang ganz zu verschließen, es sey für immer oder für eine gewisse Zeit e). Eben so kann eine solche Verfügung nicht bloß gegen Fremde, sondern auch gegen abwesende Unterthanen, oder gegen solche, die einen doppelten oder mehrfachen Wohnort haben, Statt finden.

e) v. Martens, Europ. Völkerrecht, §. 74.

XXII.

Von der billigen Rücksicht, welche peinliche Gerichte auf das Interesse der Beschädigten zu nehmen haben.

Bey der peinlichen Rechtspflege denkt man sich gewöhnlich die strafende Gerechtigkeit als einzige Triebfeder. Doch ist ihre angenehmere Bestimmung auch die, dem Beschädigten Genugthuung und Ersatz zu verschaffen. Beydes gehört zum Zweck der Sicherheit, für den die peinliche Rechtspflege einzig zu wirken verpflichtet ist. Der Beschädigte hat zwar immer eine Klage, womit er sein Privatinteresse verfolgen kann. Allein, nachdem der Untersuchungsproceß allgemein eingeführt ist, wird ihm in der Regel eine Anzeige beym peinlichen Richter mehr helfen, als ein noch so geschickt geführter Civilproceß. Auf alle Fälle erspart er wenigstens vorerst allen Kostenaufwand, in so fern er nicht aus eigener Bewegung seine Nachforschungen mit denen des Gerichts verbin-

den will, wie solches insonderheit bey Diebstählen, um die gestohlnen Sachen wieder zu erlangen, häufig geschieht.

Bey dem Untersuchungs-Processe hat nun der Richter allerdings sein Hauptaugenmerk auf die Entdeckung der Wahrheit in der Absicht zu richten, um den Unschuldigen freysprechen, den Schuldigen zur verdienten Strafe ziehen zu können. Immer wird er jedoch auf das Interesse des beleidigten Theils zugleich billige Rücksicht zu nehmen haben, damit diesem seine Bemühung, Ersatz oder Genugthuung zu erlangen, auf keine Weise und in keinem Falle erschwert werde. Sehr möglich ist aber eine für das Privatinteresse des Beschädigten nachtheilige Wendung des Untersuchungsprocesses, wenn dieser sich a l l z u l e i c h t mit einer absolutio ab instantia oder mit einer außerordentlichen Strafe endigt. Dieß „a l l z u l e i c h t" kann hauptsächlich eintreten, wenn entweder die sich ergebenden Anzeigen nicht sorgfältig genug verfolgt, oder die gesetzmäßigen Erforschungsmittel der Wahrheit ohne hinreichende Ursachen bey Seite gesetzt werden.

Läugnet ein Angeschuldigter, und die Anzeigen sind nicht sehr nahe und dringend; so wird er öfters ab instantia absolvirt, und der Beschädigte hat in der Regel „bis auf weiter" — gemeiniglich für immer — das leere Nachsehen. Sind die Anzeigen von der Art, daß man den Angeschuldigten für überführt halten zu können glaubt, oder ist er in einem Nebenpuncte einer gesetzwidrigen That schuldig befunden; so wird er mit einer außerordentlichen Stra-

fe

se abgefertigt a) — und der Beschädigte muß damit sich begnügen. Freilich bleibt ihm in beyden Fällen seine Civil-Klage, die er allemal noch anstellen und im ordentliche Wege Rechtens durch förmlichen Beweis rechtfertigen kann. Aber woher wird er den Muth dazu nehmen, wenn der peinliche Richter bey weit mehreren Hülfsmitteln gegen den Angeschuldigten nichts hat ausrichten können, oder wenigstens geglaubt hat, daß er es nicht könne? Und wie oft kann sich der Richter selbst in Verlegenheit befinden, wenn er auf außerordentliche Strafe erkannt hat, und nun die Frage wegen des Ersatzes, oder wegen der Genugthuung entschieden werden soll? wenn vielleicht z. B. eine angeblich gestohlne Sache von dem Angeschuldigten besessen wird, und am Ende doch entschieden werden muß, wer sie haben soll? In den mehrsten Fällen würde es gewiß hart seyn, den Beschädigten nun noch zur Civil-Klage zu verweisen, und doch wird, wenn er den Verlust nicht tragen will, kein anderes Mittel übrig bleiben.

Die Entbindung von der Instanz hat im Ganzen weniger gegen sich, da es dabey dem Denuncianten immer unbenommen bleibt, dem Gerichte weitere Umstände anzugeben, wodurch dasselbe in den Stand gesetzt werden kann, die Untersuchung wieder aufzuneh-

a) Vergl. Meister, practische Bemerkungen aus dem Criminal- u. Civilrecht, Thl. 1. Bem. 1. und 26. Desselben, Pr. iur. crim. §. 425. von Quistorp, rechtliche Bemerkungen, Theil 2. Bem. 1.

nehmen; da hingegen die Beyseitsetzung eines Erforschungsmittels der Wahrheit und die Erkennung einer außerordentlichen Strafe immer unbillig seyn wird, so bald jenes stattnehmig ist und durch dessen Gebrauch von Seiten der peinlichen Rechtspflege wenigstens dasjenige geschieht, was in ihrer Macht steht, um den Beschädigten zu dem, was ihm gebühren mag b), zu verhelfen.

Selbst in solchen Gesetzen, wodurch die Tortur aufgehoben worden ist, findet man dahin abzweckende Vorschriften. So ist z. E. in der Marggräflich-Badischen Verordnung vom 9. Sept. 1767, durch welche die Tortur in den Badischen Landen abgeschaft wird, ausdrücklich versehen, „daß ein übermiesener Missethäter, wenn er schon seines Verbrechens nicht geständig ist, ohne sothanes Geständniß durch die Marter herauszubringen, bloß auf den vorliegenden zulänglichen rechtlichen Beweis mit der in den Gesetzen bestimmten Strafe, es sey solche eine Leibes- oder Lebensstrafe, also belegt werden soll, daß jedoch, wenn ein Inquisit, welcher des facti überwiesen ist, einige Umstände, deren Herausbringung der Richter zur Sicherstellung des corporis delicti, oder wegen sonstig darunter ver-

b) Daß der peinliche Richter nicht gehalten ist, dem Beschädigten auch zu dem Beweise der Quantität seines Verlustes oder Schadens zu verhelfen, versteht sich von selbst. Wenigstens wird zu diesem Zweck ein Erforschungsmittel der Wahrheit nicht Statt finden.

verfirenden Intereſſe eines Dritten unumgänglich nöthig hat, als bey einer Kindesmörderin, wo ſie das Kind hin vergraben, bey einem Dieb, wo er die geſtohlene Sache hingebracht, hinlänglich zu erläutern ſich boshaft weigert, alsdann es bey dem, was die Rechte in Anſehung der Tortur vorſchreiben, ſein Verbleiben haben ſoll" c).

c) Gerſtlacher, Handbuch der teutſchen Reichsgeſetze XI. 2321. Malblank, Geſchichte der peinl. Gerichtsordn. S. 243. 244.

XXIII.

Ueber die reichscammergerichtlichen Ordinationen, wodurch Jemandem etwas zu thun oder zu lassen verstattet wird.

Die cammergerichtlichen Ordinationen sind theils provisorische oder interimistische Verfügungen, die beym Anfange sowohl, als im Fortgange eines Rechtsstreites vorkommen können und im Wesentlichen keinem Theile etwas geben oder nehmen, theils sind sie solche Vorschriften, durch welche das Gericht entweder im Laufe eines Processes Neben- oder Zwischenpuncte entscheidet, oder einen kaum erhobenen Rechtsstreit abzuschneiden sucht, indem es zu erkennen giebt, daß und wie eine angebrachte Beschwerde gehoben werden soll. Alle diese Ordinationen, die der Form und dem Inhalte nach von sehr mannichfaltiger Art sind, treffen darin zusammen, daß sie in der Regel, ehe und bevor der andere Theil gehört ist, erkannt werden, und schlechterdings kein eigentliches processualisches Verfahren zulassen, so

daß

daß gewöhnlich dem Impetraten nicht einmal die Vorstellung, wodurch eine Ordination bewirkt worden ist, mitgetheilt wird.

Es ist hier nicht die Absicht, alle hieraus entstehenden Schwierigkeiten und Unbequemlichkeiten zu schildern a), und das Bedürfniß einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift und eines förmlichen Ordinationsprocesses aufführlich auseinander zu setzen b); sondern es soll bloß Ein Nachtheil, der vielleicht nicht der geringste ist, bemerklich gemacht und in seinen besonderen Folgen dargestellt werden.

Gegen provisorische oder interimistische Verfügungen ist nichts einzuwenden, wenn sie nur die gesetzliche Grenze nicht überschreiten c). Andere Ordinationen, die in der Hauptsache dem Impetraten etwas auferlegen, können zwar unwirksam seyn, und den Proceß, statt ihn nach der wohlthätigen Absicht des Gerichts abzukürzen, beträchtlich verlängern, aber sie werden doch nie dem Impetraten einen wesent-

a) Haas, Vorschläge, wie das Justizwesen am Cammergericht ꝛc. einzurichten und zu verbessern seyn. Thl. 2. S. 580. f. v. Zwierlein, vermischte Briefe, S. 113. f. Desselben vermehrte Beyträge, Thl. 2. S. 120. f. v. Bostell, Beyträge, Thl. 2. S. 33. f.

b) Vergl. Haas, a. a. O. S. 587. Pütter, de ordinationibus, §. 72. in opusc. rem iud. Imp. illustr. p. 650.

c) Haas, a. a. O. S. 581. 582.

sentlichen Nachtheil bringen, da er sie nur nicht zu befolgen braucht, um sodann auf eine oder die andere Weise seine Einwendungen dagegen vorbringen zu können. Wird in diesem Falle die Klage seines Gegners angenommen: erkennt das Gericht eine Citation, ein Mandat, oder Appellationsprocesse; so ist ohnehin von der Ordination weiter nicht die Rede, und die Sache geht ihren ordentlichen, gesetzmäßigen Gang. Soll aber die Ordination bey Kräften erhalten werden, und bringt der Impetrant eine Citation ad docendum de paritione oder ein unbedingtes Mandat de non contraveniendo ordinationi aus; so muß der Impetrat allezeit noch mit den der einen oder andern Proceßart angemessenen Einreden gehört werden d).

Wie aber, wenn die Ordination dem Impetranten erlaubt, etwas zu thun, was der Impetrat nicht leiden will, oder etwas zu lassen, was dieser fordern zu können behauptet? Hier kann sich der letztere nicht passiv verhalten, ohne alles zu verlieren. Im Wege der Ordnung und des Rechts sieht er sich vergeblich um Hülfe gegen eine solche Ordination um. Will er Vorstellungen dagegen machen; so heißt es, ein Ordinationsproceß finde nicht Statt; will er Rechtsmittel einwenden; so werden sie als unzulässig verworfen, und höchst wahrscheinlich erhält er noch einen nachdrücklichen Verweis dazu. Auf diese Weise bleibt nichts übrig, als Unterwerfung unter den

d) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Thl. 125. S 134. f. M. Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis, §. 163.

den Machtspruch, oder unwirksames Protestiren oder — das Faustrecht. Widersetzt sich der Impetrat seinem Gegner, sucht er ihn zu seiner Obliegenheit zu zwingen; so muß doch endlich eine Verfügung im gesetzlichen Proceßgange wider ihn ergehen, die ihm dann Gelegenheit giebt, auch gegen die Ordination seine Einrede vorzubringen.

Allerdings ist ein solches Verfahren widerrechtlich. Aber wenn man bedenkt, wie oft eine Ordination bey dem langsamen Gange eines reichsgerichtlichen Processes die völlige Wirkung eines Endurtheils haben kann; so wird man geneigt, es zu entschuldigen, besonders in einem Falle, wo eine von einer Parthey einseitig ausgewirkte richterliche Verfügung einen größern Vorzug haben soll, als ein nach sorgfältiger Prüfung und umständlicher Vernehmung beider Theile erfolgtes Urtheil. Gegen dieses finden doch noch Rechtsmittel Statt; gegen Ordinationen aber sollen weder Einreden noch Rechtsmittel zulässig seyn. Letztere wären auch dem Reichsprocesse nicht gemäß, wenn wir einen förmlichen Ordinationsproceß hätten. So lange jedoch dieß der Fall nicht ist, wird das Cammergericht, besonders bey Ordinationen der eben bemerkten Art, eines Theils überhaupt mit großer Mäßigung und Vorsicht zu Werke gehen müssen, andern Theils aber sich nicht weigern dürfen, Vorstellungen gegen dergleichen Ordinationen anzunehmen und darüber den Rechten gemäß zu erkennen, da sie als einseitige Verfügungen ohnehin nie Rechtskraft erlangen können e), und offenbar in gefähr-

e) Pütter, Rechtsfälle, B. 2. Thl. 3. §. 96. f.

fährliche Machtsprüche ausarten würden, wenn es von dem Gericht (oder von dem Referenten) abhienge, auf einseitiges Suppliciren, vielleicht gar in einer anhängigen Judicial-Sache, eine außergerichtliche Verordnung zu erlassen und dadurch den impetratischen Theile alle, oder doch die wirksamsten Rechtsmittel abzuschneiden f). Sehr richtig sagt der Freyherr v. Cramer von Ordinationen dieser Art: „daß sie, anstatt ein Hebel zu seyn, womit der Richter oft schwere Lasten mit geringer Anstrengung hebet, den ganzen Bau so verrücken können, daß alle Wände, Fugen und Klauen desselben auseinander springen" g).

f) Das. §. 102.

g) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, Thl. 125. §. 10. S. 138.

XXIV.

Beytrag zu der Lehre von dem Widerspruch zwischen ältern und neuern Lehenbriefen.

I. Verschiedenheit der Meynungen. II. Der Lehensvertrag und der darnach eingerichtete erste Lehenbrief bleibt immer die Hauptgrundlage. III. Zwey wider einander streitende Vermuthungen. IV. Was ist zu vermuthen, wenn der Lehenbrief Aenderungen zum Nachtheil des Vasallen enthält? V. Was — wenn die Aenderungen dem Lehnsherrn nachtheilig sind? VI. Frühere Verträge und andere Umstände müssen jederzeit mit in Betrachtung gezogen werden.

§. 1.

Unachtsamkeit und Sorglosigkeit bey der Ausfertigung rechtlicher Urkunden haben manchen schweren Proceß, ja nicht selten den Verlust eines vielleicht lange Zeit hindurch für unzweifelhaft gehaltenen Rechts zur Folge gehabt. Bey einem fortdauernden Rechtsverhältnisse, welches von Zeit zu Zeit erneuert zu werden pflegt, ist es insonderheit von äußerster Wich-

Wichtigkeit, daß die darüber auszufertigenden Urkunden mit der größten Genauigkeit abgefaßt werden, da aus Abänderungen, wenn sie nur einigermaßen erheblich sind, leicht weit aussehende Streitigkeiten entspringen können. Eine reichhaltige Quelle solcher Streitigkeiten sind die Lehenbriefe, die unter sich nicht übereinstimmen; auch wird in der Theorie sehr darüber gestritten, ob in diesem Falle die älteren oder die neueren Lehnbriefe den Vorzug verdienen? Einige Rechtsgelehrte sprechen ihn jenen a), andere diesen b) unbedingt zu. Von den Anhängern der letztern Meynung äußert sich insonderheit Strube c) also: „da sonst jedesmal vermuthet wird, daß alle Handlungen mit gutem Vorbedacht geschehen, und wer vorgiebet durch einen Irrthum verleitet zu seyn, solchen erweisen muß; so absehe ich nicht, wie allein in diesem Geschäft ein anderes behauptet werden mö-

ge,

a) Schrader, de Feudis P. 5. c. 2. n. 37. Rosenthal, de feudis c. 6. concl. 60. n. 16. Ludolf, Vol. 1. Symph. 2. fasc. 15. p. 211. Helferich, de eo, quod iustum est circa mutationem prioris investiturae feudalis §. 8. Senckenberg, ius feud. §. 244. 441. Carpzov. Def. for. P. 2. const. 45. def. 31. Buri, Erläuterung des Lehnrechts S. 204. Frick, de fide antiquarum investiturae literarum recentioribus maiore. Helmst. 1760.

b) Brockes, de fide recentiorum literarum investiturae antiquis majore §. 30. 31. 32. Eiusd. Obs. for. Obs. 7. p. 39. Struben, rechtl. Bed. Thl. 2. Bed. 137.

c) A. a. O. S. 525.

ge, bevorab wenn diejenige, welche die veränderte Lehenbriefe angenommen, kluge Leute gewesen, von denen nicht zu glauben, daß sie etwas, ihnen nachtheiliges, aus Unwissenheit oder Nachläßigkeit eingeräumt haben. Enthalten gleich die jüngern Lehenbriefe eine Bestätigung des ersten; so hindert doch solches nicht, daß mit beyder Theile Genehmigung etwas darin geändert werde. Niemand ziehet solches in Zweifel. Nur wird eine Verabredung erfordert. Diese aber ist zu vermuthen, wenn ein geänderter Lehenbrief ausgestellt und angenommen worden, ob es gleich unbekannt, was dazu Veranlassung gegeben." Die Regel, welche hier aufgestellt wird, geht also kürzlich dahin: Veränderungen, die in einem neuem Lehenbriefe enthalten sind, müssen im Zweifel so angesehen werden, als seyen sie von beyden Theilen ausdrücklich beliebt worden.

§. 2.

Diese Meynung hat allerdings sehr viel für sich und hat auch in neuern Zeiten immer mehrere Anhänger gefunden. Sie scheint sich jedoch mit der eigenthümlichen Beschaffenheit der Urkunde, von welcher die Rede ist, nicht völlig vereinigen zu lassen. So viel ist zuförderst nicht zu bezweifeln, daß ein Lehnbrief eigentlich und ursprünglich zur Vollziehung des Lehensvertrages nicht wesentlich ist, und daß auf diesen selbst alles ankömmt. Was die Contrahenten bey der Erichtung des Lehens, dem Wesen desselben unbeschadet, unter sich verabredet haben, das ist die Norm, nach welcher der erste Lehenbrief einge-

richt-

richtet werden muß d), und da die nachfolgenden Belehnungen lediglich die Erneuerung der ersten Investitur zum Zweck haben; so müssen auch die erneuerten Lehnbriefe dem ersten völlig gleich bleiben. Zwar steht es allerdings den Interessenten frey, auch in der Folge neue Veränderungen zu treffen, und dadurch die Bestimmungen des ursprünglichen Lehensvertrages abzuändern, aber dieser bleibt ausserdem in völliger Kraft, und die Zusätze müssen im Zweifelsfalle so erklärt werden, daß sie so wenig als möglich von ihm abweichen e). Die Absicht, einen neuen Lehensvertrag einzugehen, kann ohnehin nicht vermuthet werden f), und die erste Uebereinkunft der Contrahenten bleibt immer die Hauptgrundlage ihrer rechtlichen Verhältnisse. Sehr richtig sagt G. L. Böhmer g): „vis impetratae renovationis investiturae est, vt, cum praeponat investituram anteriorem, qua feudum iam est constitutum, 1. per eandem feudum non tam constituatur, quam potius constitutum conservetur; 2. nec per eam, qua talem, iura prioris investiturae immutentur, quamquam fieri possit interveniente consensu domini ac vasalli, eorumque, quibus feudum iam constitutum est" h). Daß diejenigen, welche an dem Lehensvertrage Theil haben, ihn durch gemeinsame Einwilli-

d) Reinharth, ad Christin. Vol. 1. Obs. 60.

e) Möller, Distinct. feud. cap. 17. dist. 12.

f) L. 8. C. de Novat.

g) Pr. iur. feud. §. 193.

h) Vergl. Möller, a. a. O. S. 428.

willigung abändern können, versteht sich allerdings von selbst. Darf aber diese Einwilligung vermuthet werden, wenn bloß der erneuerte Lehenbrief Zusätze und Abänderungen enthält?

§. 3.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche diese Frage bejahen, und in jedem Falle den Beweis fordern, daß eine in einem neuern Lehnbriefe enthaltene Abänderung auf einem Irrthum beruhe, wollen die von ihnen in Schutz genommene Vermuthung damit rechtfertigen, daß, wenn ein abgeänderter Lehenbrief ausgestellt und angenommen werde, nicht abzusehen sey, wie die Aenderung auf einem Irrthum beruhen sollte. Ihre Gegner, welche in jedem Falle den Beweis einer vorhergenangenen Verabredung fordern, stützen sich auf den ersten Lehenbrief und den bey den folgenden Lehenbriefen lediglich zum Grunde liegenden Zweck der Erneuerung. Die Waffen beyder streitenden Theile sind — Vermuthungen. Der eine legt den Abänderungen des neuen Lehenbriefs die Vermuthung der Richtigkeit, der andere die Vermuthung der Unrichtigkeit bey. Aenderungen werden nicht vermuthet — von diesem Satze gehen die Vertheidiger der letztern Meynung aus, und der Satz selbst wird ihnen auch unbedenklich eingeräumt. Aber, sagt man, der Beweis der Aenderung liegt ja in dem neuen Lehenbriefe, nnd daß sie mit Bewilligung der Interessenten vorgenommen sey, muß vermuthet werden, weil der Lehensherr den Lehenbrief ausgestellt, der Vasall ihn angenommen hat. Am Ende wird also alles darauf ankom-

men, ob aus der Thatsache der Ausstellung und Annahme des geänderten Lehenbriefs die beyderseitige Einwilligung in die Abänderung so lange vermuthet werden müsse, bis das Gegentheil erwiesen wird.

§. 4.

Ein Lehenbrief ist nun eine einseitige, bloß vom Lehensherrn ausgestellte Urkunde, die in der Regel für ihn nicht beweisen kann. Eine Ausnahme von der Regel soll aber daraus entstehen, daß der Vasall den Lehenbrief annimmt und ohne Widerspruch behält. Die zu seinem Nachtheile in dem Lehenbriefe enthaltene Neuerung soll so lange gültig seyn, bis er beweiset, sie sey aus Irrthum und ohne seine Genehmigung eingeschlichen. Die Rechtsregel: qui tacet, consentire videtur — soll ihm also in ihrer ganzen Kraft entgegen stehen. Allein ist er dann verbunden, gerade beym Empfang des neuen Lehenbriefes seinen Widerspruch zu erheben? Kann er nicht warten, bis man erst, gegen den Inhalt der vorigen Lehenbriefe, etwas von ihm fordert oder ihm verweigert? So lange die Verjährung seine Einrede gegen die Richtigkeit des Lehenbriefs nicht abschneidet i), wird ihm dieses mit Recht nicht abgesprochen werden können. Zwar behaupten mehrere Rechtsgelehrte, daß von demjenigen, welcher eine ihn angehende Urkunde annehme, eine Zeitlang bey sich

i) Helferich, l. c. §. 16. Siegel, de literis invest. c. 4. §. 13. Wesenbec. P. 1. conf. 41. n. 121.

sich behalte und ihrem Inhalte nicht widerspreche, anzunehmen sey, er habe diese Urkunde stillschweigend genehmigt k). Allein theils ist hierbey von ganz anderen Umständen die Rede, theils beziehen sie sich auf Gesetzstellen l), die offenbar ganz besondere, hieher nicht passende Fälle betreffen. Der Vasall, dem durch den von dem Lehenherrn einseitig ausgestellten Lehenbrief ein in dem ursprünglichen Lehensvertrage oder in den Lehensgesetzen gegründetes Recht entzogen werden soll, ist nicht eher zu widersprechen verbunden, als wenn der Inhalt des neuen Lehenbriefs gegen ihn in Ausübung gesetzt werden soll. Einstweilen muß man billig annehmen, daß er mit Vorbehalt seines Rechts geschwiegen habe. „Neque enim in cauſſis gravioris momenti, et cum de incommodo noſtro agitur, ſilentium efficit, vt comprobare, quod geritur, cenſeamur. Quin potius ſalvo noſtro iure tacuiſſe intelligimur. Quod multo fortius praeſumitur, quam vt iuri noſtro renuntiemus, cum nemo iactare ſuum praeſumatur“ m). Auch dem Lehenherrn kommt bekanntlich dieser Rechtssatz in einem andern Falle zu Statten,

k) Mevius, P. 2. dec. 140, P. 6. dec. 65. Hommel, Rhapſ. obſ. 341. Conſ. Tub. Vol. 3. conſ. 210, n. 68. ſeq.

l) L. 16. D. ad Sct. Maced. L. 12. D. de evict. L. 8. C, quemadm. ſerv. amit. L. 4. §. 3. D. de fideiuſſ. tutor.

m) Pufendorf, Obſ. iur. univ. Tom. 2. obſ. 86.

indem niemals seine stillschweigende Einwilligung in eine, wenn gleich ihm angezeigte, Lehensveräußerung angenommen wird.

§. 5.

Ist nun aber in dem neuen Lehenbriefe eine Veränderung zum Vortheil des Vasallen enthalten; so soll der Lehensherr dadurch, als Aussteller des Lehenbriefs, verpflichtet seyn; scriptura enim propria semper probat contra scribentem. Hier scheint man billig unterscheiden zu müssen, ob der Vasall in seinem Gesuche um die Lehenserneuerung zu der Veränderung Anlaß gegeben hat, oder ob sie ohne besondere Veranlassung dem Lehenbriefe eingerückt ist. In dem erstern Falle liegt entweder ein Gesuch — ein Antrag — des Vasallen sichtbar vor Augen, oder er hat nur lediglich unter seinen Rechten, worüber er die Lehenserneuerung sich erbittet, auch das neue, in den vorigen Lehenbriefen nicht enthaltene Recht mit aufgezählt. Ist das erstere; so muß die mit dem bestimmten Antrage des Vasallen übereinkommende Abänderung als eine lehensherrliche Bewilligung so lange angesehen werden, bis ein Irrthum bewiesen wird. Ist das letztere; so wird die Aenderung im Lehenbriefe mit Recht als erschlichen betrachtet, bis das Gegentheil dargethan wird. In dem zweyten Falle muß gleichfalls darauf gesehen werden, ob der Lehensherr die Absicht zu erkennen giebt, dem Vasallen eine neue Vergünstigung zu bewilligen, oder ob die Abänderung nur gelegenheitlich und gleichsam zufällig sich eingeschlichen hat. Ergiebt sich jenes aus dem Zusammenhange des Lehen-

briefs; so ist der Lehensherr gebunden. Zeigt sich hingegen dieses; so ist, bey dem erklärten Willen des Lehensherrn und des Vasallen, bloß eine Lehenserneuerung vorzunehmen, ein Irrthum in der Ausfertigung zu vermuthen.

§. 6.

Indessen wird der dem einen oder dem andern Theile obliegende Beweis manchmal sehr erleichtert, oft sogar ganz überflüssig werden, wenn man auf vorhergegangene Handlungen und frühere Umstände bey der Beurtheilung der Abänderungen älterer Lehenbriefe sorgfältig Rücksicht nimmt. Können spätere Verträge, mit welchen der Inhalt der älteren Lehenbriefe nicht bestehen kann, oder dergleichen rechtliche Erkenntnisse und andere verbindliche Handlungen beygebracht werden; haben sich Umstände ereignet, die eine Aenderung von selbst nach sich ziehen, und sind diese vielleicht gar notorisch; so fallen die Hauptschwierigkeiten von selbst hinweg. Es versteht sich aber, daß derjenige, der darauf sich beziehr, allemal auch den etwa erforderlichen Beweis führen muß. Mit diesen Grundsätzen stimmt die kaiserliche Wahlcapitulation, die übrigens für die Erhaltung der Gleichförmigkeit der Lehenbriefe so besorgt ist, vollkommen überein. Hier verspricht der Kaiser: „die Lehen und Lehenbriefe den Churfürsten, Fürsten und Ständen des Reichs (die unmittelbare Reichsritterschaft mit begriffen) und anderen Reichsvasallen jedesmal nach dem vorigen Tenor, in so weit nicht die inzwischen von Seiten derselben vorgekommene besondere Umstän-

de

de eine andere Einrichtung erfordern, unweigerlich . . . . wiederfahren zu lassen" n).

Nachstehendes, auch in historischer Hinsicht nicht unintereſſante, Namens der Göttingischen Juristenfacultät abgefaßte Urtheil mit seinen Entscheidungsgründen enthält ein Beyspiel von der Anwendung des größern Theils der oben aufgestellten Grundsätze.

Urtheil.

Auf Klage, Antwort und erfolgte Gesätze in Sachen des Fürstlich Hessischen Lehensfiscals in Gieſsen, Klägers an einem, der Vormundschaft der minderjährigen Schenken von Schweinsberg zu Hermannstein, sodann der Gebrüder Schenken zu Schweinsberg auf Rülfenrod, Beklagten am andern, des Curatoris ad lites der von weil. Johann Eberhard Schenken zu Schweinsberg auf Hermannstein nachgelaſſenen minorennen Kinder, und des Fürstlich Hessischen Hauptmanns, Wilhelm Schenken zu Schweinsberg auf Hermannstein, Intervenienten am dritten Theile,

erkennen Fürstlich Hessische Geheimer Rath, Regierungs-Director, Geheime- und Regierungsräthe

n) Wahlcap. Art. II. §. 1.

the zu Gießen nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

daß die angemaßte Intervention nicht Statt hat, und sind die Intervenienten die dadurch verursachten Kosten dem Kläger zu erstatten schuldig. Die Hauptsache anlangend, so sind Beklagte von der gegen sie angestellten Klage zu entbinden und los zu sprechen. Es ist auch Kläger die Kosten dieses Processes, nach vorhergehendem deren Ansatze und richterlicher Ermäßigung, mit Ausnahme der Verschickungskosten, welche der bittende Theil allein zu tragen hat, den Beklagten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Zweifels- und Entscheidungsgründe.

Obgleich 1) Intervenienten vorgestellt haben, daß der erst während dieses Rechtsstreites ernannte Curator ad lites der minorennen von Schenkischen Kinder, so wie der bereits zur Volljährigkeit gelangte Hauptmann von Schenk mit ihrer Vertheidigung gegen die Ansprüche des Klägers noch nicht gehört worden, folglich wegen ihres hierbey obwaltenden Interesse interveniendo einzukommen wohl befugt seyen;

Hiernächst 2) was die Hauptsache betrift, der klagende Lehensfiscal zur Begründung der erhobenen, auf die Wiederlösung der Hälfte des Schlosses und Amtes Hermannstein nebst Zubehörungen, so wie auf vertragsmäßige Verwendung der Einlösungssumme gerichteten Klage angeführt hat:

daß

daß a) gedachtes Schloß und Amt Hermannstein lediglich als ein seiner Natur nach der ewigen Wiederlösung unterworfenes Pfandlehen in den Händen der Beklagten sich befinde, indem der Landgraf Heinrich zu Hessen das Schloß und Amt Hermannstein bereits im Jahre 1466 an Ludwig von Mudersbach und Lysa seine Hausfrau für 700 (eigentlich 900) oberländische rheinische Gulden verpfändet, hierauf aber im Jahre 1481 seinem Marschall, Johann Schenk zu Schweinsberg, besagtes Schloß und Amt von der Wittwe des Ludwig von Mudersbach einzulösen, verstattet und sodann darüber die Lehen ertheilet habe, jedoch mit der ausdrücklich angehängten Bedingung, daß der Landgraf und dessen Erben die Macht haben sollen, das Schloß und Amt Hermanstein mit seiner Zubehörung von dem Johann Schenk zu Schweinsberg und seinen Leibes-Lehenserben mit zwey tausend guten rheinischen Gulden abzulösen und an sich zu bringen, wann und zu welcher Zeit ihnen das gelüsten, bequem und eben seyn würde, dagegen aber gedachter Johann Schenk zu Schweinsberg oder dessen Erben die benannte Summe zu Erwerbung von Erbgütern anwenden, solche zu Lehen machen und von dem Landgrafen oder seinen Erben zu rechten Mannlehen empfangen sollen, mithin Beklagte, da in der Folge in Gemäßheit eines Churpfälzischen Laudi vom Jahre 1489 die Hälfte des Schlosses und Amtes Hermannstein dem Grafen von Solms zu Lehen gegeben, und von diesem dem Johann Schenken zu Schweinsberg und dessen Lehenserben zu Afterlehen verliehen worden, nunmehr die Einlösung der von dem Fürstlichen Hause annoch unmittelbar zu Lehen tragenden

Hälfte

Hälfte des mehrbenannten Schlosses und Amtes sich gefallen zu lassen, und die Einlösungssumme auf die in dem Lehenbriefe von 1481 bestimmte Weise anzuwenden gehalten seyen;

Solchem auch b) nicht entgegen stehe, daß die so eben angeführte Bedingung in den seit 1460 über die Hälfte des Schlosses und Amtes Hermannstein ertheilten Fürstlich Hessischen Lehenbriefen nicht mehr enthalten sey, indem der erste Lehenbrief allezeit zur alleinigen Richtschnur dienen müsse, und die in den folgenden Lehenbriefen allenfalls vorkommenden Verschiedenheiten und Abweichungen lediglich als Folgen eines zufälligen Irrthums zu betrachten seyen, wenn nicht eine zwischen Lehenherrn und Vasallen ausdrücklich verabredete Abänderung dargethan werden könne, wovon aber in den seit 1490 den Schenken zu Schweinsberg ertheilten Lehenbriefen sich nicht die geringste Spur finde.

Vielmehr c) diese selbst in einer im Jahre 1631 bekannt gemachten Deduction eingeräumt hätten, daß in Ansehung des Hermannsteins keine Aenderung vorgegangen sey, auch Estor in seinen kleinen Schriften o) bezeuge: „wie der Hermannstein an die Schenken gediehen, so haben sie solchen annoch";

Wie denn auch d) die in dem Churpfälzischen Laudo von 1489 enthaltene Stelle: „doch der angezeig-

o) A. a. O. Thl. 1, S. 34.

„zeigten Verwilligung, Red- und Verschreibung, „ob die vorhanden wären, die Losung besagend, nicht „zu gebrauchen", auf das dem Fürstlichen Hause Hessen bey der ersten Belehnung bedungene Wiederlösungsrecht sich keinesweges beziehe, sondern lediglich ein von dem Grafen Otto von Solms damals behauptetes Lösungsrecht betreffe, indem der Streit, welcher durch gedachtes Laudum entschieden worden, nicht zwischen dem Landgrafen zu Hessen und dem von Schenk, sondern zwischen dem erstern und dem Grafen Otto von Solms obgewaltet habe, bey dieser Gelegenheit aber unter anderen auch ein von dem Grafen von Solms in Anspruch genommenes Lösungsrecht an dem Hermannstein, nicht aber das dem Hause Hessen vermöge des Lehenbriefes von 1481 zustehende Lösungsrecht, in Frage gewesen sey, daher die Aufhebung dieses Rechtes höchstens nur die damals dem Grafen von Solms von dem Landgrafen zum Lehen bewilligte und von ersterem dem von Schenk als Afterlehen verliehene Hälfte des Hermannsteins angehen könne;

Welchem allen nach, daß anders, als geschehen, zu erkennen gewesen wäre, es das Ansehen gewinnet;

D. a. u. d. 1) sowohl die minorennen von Schenkischen Kinder, für welche der Curator ad litem interveniendo aufgetreten ist, als der Hauptmann von Schenk zu den Beklagten mit gehören, und ihre rechtliche Nothdurft in der Ordnung des Processes bereits vollständig vorgebracht haben, folglich die unternommene Intervention unnütz, überflüssig

und

und unzuläßig ist, daher auch die dadurch verursachten Kosten von den Intervenienten dem Kläger billig erstattet werden müssen;

Sodann: 2) in Ansehung der Hauptsache zwischen der ersten Belehnung, welche Johann Schenk im Jahre 1481 über den ganzen Hermannstein für sich und seine Leibes-Lehenserben unter der Bedingung der Wiedereinlösung erhalten hat, und zwischen der nachmaligen Belehnung über den halben Hermannstein, welche dem Johann Schenk nicht nur für sich und seine Leibes-Lehenserben, sondern auch für alle seines Stammes, Namens und Wappens, ohne die angeführte Bedingung, ertheilt worden ist, nothwendig ein Unterschied gemacht werden muß, indem dadurch, daß die Hälfte des Hermannsteins aus dem unmittelbaren Lehensverhältnisse mit Hessen gezogen worden und nur die andere Hälfte in dem vorigen Lehensverbande geblieben ist, der erste Lehensvertrag nicht nur in seinen wesentlichen Bestandtheilen abgeändert, sondern eigentlich ganz aufgehoben, und zwischen dem Landgrafen von Hessen, dem Grafen von Solms und denen von Schenk ein neues, von dem vorigen ganz verschiedenes Lehensverhältniß begründet worden ist; bey diesen Umständen aber der Lehenbrief von 1481, weil er mit den folgenden in keiner unmittelbren Verbindung stehet, sich auch in denselben auf ihn überall nicht bezogen wird, weiter nicht mehr in Betrachtung gezogen werden kann, vielmehr jetzt der Lehenbrief von 1490 als der erste, auf welchen alle nachherigen Lehenbriefe in einer ununterbrochenen Reihe unverändert folgen, zu betrachten, und daher auch in gegenwärtiger Streitsache

zum Grunde zu legen ist, folglich der an sich richtige Grundsatz von dem Vorzuge der älteren Lehenbriefe vor den neueren hierbey in Rücksicht auf den Lehenbrief von 1481 keine Anwendung findet;

Zumal da 3) selbst in diesem Lehenbriefe ein eigentliches Pfandlehen nicht erfindlich ist, indem der Landgraf Heinrich im Jahre 1481 dem Johann Schenk zu Schweinsberg nicht das Pfandrecht an dem Schlosse Hermannstein, sondern dieses selbst mit allen seinen Zubehörungen zu Lehen gegeben, und nur die Bedingung der Wiederlösung angehänget hat;

Diese Bedingung aber 4) unter ganz veränderten Umständen in dem neuern über die Hälfte des Hermannsteins ertheilten Lehenbriefe ausgelassen worden ist, und hierbey die Vermuthung eines obgewalteten Irrthums um so weniger Statt hat, als die Hinweglassung der in dem Lehenbriefe von 1481 enthaltenen Bedingung durch die in den Zweifelsgründen angeführte Stelle des Laudi Palatini vom Jahre 1489 hinreichend erklärt wird, und, wenn gleich dieselbe dem Zusammenhange nach auf die Hälfte des Schlosses und Amtes Hermannstein, welche von dem Hause Hessen unmittelbar zu Lehen gehet, sich nicht zu beziehen scheinet, dennoch diese Bedenklichkeit dadurch, daß gleich in dem darauf folgenden 1490sten Jahre die Belehnung in Gemäßheit des gedachten Laudi und zwar ohne jene angehängte Bedingung erfolgt ist, völlig gehoben wird, indem dasjenige, was damals von den interessirten Theilen geschehen und nachher auf gleiche Weise beobachtet worden ist, nach einem Zeitverfluße von mehreren Jahrhunderten alle

wi-

widrigen Vermuthungen ausschließet und deutlich genug anzeiget, daß damals die Aufhebung des Wiederlösungsrechtes auch in Ansehung der letzt benannten Hälfte des Schlosses Hermannstein und seiner Zubehörungen verstanden worden seyn muß; auch überhaupt der Vorzug älterer Lehenbriefe und die Vermuthung eines begangenen Irrthums nur alsdann eintritt, wenn eine wahrscheinliche Ursache der vorgenommenen Abänderung nicht gezeigt werden kann p);

Wozu 5) noch kömmt, daß dem Lehensherrn die in dem Lehenbriefe von 1481 enthaltene Bedingung unmöglich unbekannt hat seyn können, auch ihm die Auslassung derselben in dem Lehenbriefe v. 1490 und in allen folgenden Lehenbriefen nothwendig hat bekannt seyn müssen, er aber zu dieser Abänderung über 300 Jahre lang geschwiegen hat, mithin dem Kläger auch die Einrede einer längst schon eingetretenen Verjährung entgegen stehet q);

Dieses alles auch 6) durch die von Klägern angezogene Aeußerung in einer Schenkischen Deduction und in den Estorschen kleinen Schriften nicht entkräftet wird, indem dieselbe eines Theils auf die Verhältnisse seit 1490 sich beziehen, andern Theils den

p) Püttmann, Elementa iur. feud. §. 218. Siegel, de literis investiturarum cap. 4. §. 1.

q) Ioh. Iac. Helferich, de eo, quod iustum est, circa mutationem prioris investiturae feudalis §. 16. Siegel, l. c. §. 13.

den Beklagten, als bloße außergerichtliche Aeußerung und als res inter alios acta, bey gegenwärtigem Rechtsstreite nicht zum Nachtheile gereichen kann;

Solchemnach 7) Kläger nicht nur abzuweisen, sondern auch, bey dem völligen Ungrunde der erhobenen Klage, zur Erstattung der Kosten billig zu verurtheilen gewesen ist;

Als sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

XXV.

Ueber die Regalität des Salpeters in den Braunschweigischen Landen.

Daß der Salpeteter seiner Natur nach nicht zu den Regalien gerechnet werden kann, ist wohl jetzt ein allgemein anerkannter Satz a). Daß er aber auf eine rechtsgültige Weise in einem oder dem andern Lande dazu geworden seyn kann, mag eben so wenig bezweifelt werden b). In dem Preußischen Landrecht wird der Salpeter zu dem Bergwerks-Regal gerechnet

a) Vergl. Runde, teutsches Privatrecht §. 163. Pütter, Rechtl. Bedenken über die Regalität d. Salpeters, in Joh. Beckmanns Beyträgen zur Oekonomie und Technologie, Thl. 3. S. 408. f. und mit Zusätzen in des Verfassers Erörterungen, B. 3. H. 1. S. 27.

b) Danz, Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts, Thl. 2. S. 89. und die dort angeführten Schriften.

net c), so wenig er auch, genau genommen, dazu gehört, wenn man unter den Gegenständen dieses Regals, wie es die Natur der Sache zu erfordern scheint, nur diejenigen Fossilien oder unterirdischen Naturproducte begreift, welche durch einen wirklichen Bergbau hervorgebracht werden d). Von Maßregeln, die durch den Drang der Umstände erzwungen, und durch das Obereigenthum des Staats gerechtfertigt werden können, ist hier die Rede nicht. Maßregeln dieser Art müssen mit ihrer Veranlassung wieder aufhören, dahingegen die Regalität eine fortdauernde Befugniß begründet.

Ob und wie fern der Salpeter in den hiesigen Landen jemals zu den Regalien gerechnet worden sey, war mir unbekannt, bis ich durch die Güte eines Freundes auf ein, so viel ich weiß, noch ungedrucktes Mandat des Herzogs Heinrich Julius von 1609 e), aufmerksam gemacht wurde, das mir nicht ohne historisches Interesse zu seyn scheint. Es ist aus einem Zeitraume, wo das landesfürstliche hohe Imperium, die gemeinen geschriebenen Rechte und die in ihnen gegründeten Regalien zuerst mit Nachdruck geltend gemacht wurden f), und wo, öfter als

je,

c) Preuß. Landrecht, Thl. 2. Tit. 16. §. 66. M. Handbuch des teutschen Policeyrechts, Thl. 3. S. 405. 406.

d) Runde, a. a. O.

e) Beylage A.

f) Spittler, Geschichte des Fürstenthums Hannover, Thl. 1. S. 340.

je, Ritter und Vasallen aufgefordert werden mußten, „in guter Bereitschaft zu sitzen, und mit Kraut und Loth und tüchtigen kurzen und langen Röhren gerüstet zu seyn“ g). In diesem Mandate verbietet der Landesherr nicht nur die Ausfuhr des Salpeters, was die damaligen Zeitumstände allerdings erforderten, sondern er erklärt auch das Recht, das Salpetersieden und Kochen zu verstatten, für ein Regal seiner Fürstenthümer, und unterwirft die Ausübung desselben der Aufsicht seines General-Inspectors über alle und jede in seinen Fürstenthümern und Landen vorhandene Salpetersieder und Pulvermacher. Dieser soll sich in die Klöster, Pfandhäuser, Gerichte und Vorwerke begeben und die daselbst befindlichen Salpetersieder und Pulvermacher in des Herzogs besondere Eydespflicht nehmen. Auch sollen alle Beamte, wenn an einem oder dem andern Orte in ihren Aemtern einige Salpetersieder oder Pulvermacher angetroffen würden, dieselben an den bestallten General-Inspector und Pulvermacher verweisen und ihm die gebührliche Pflicht thun lassen. Auch sollen diese Salpetersieder und Pulvermacher angehalten werden, kein Pulver oder Salpeter außerhalb Landes zu verkaufen, sondern Alles gegen baare Bezahlung an den gedachten General-Inspector zu liefern.

Indessen mag während der Unruhen des dreyßigjährigen Kriegs das ganze so wohl geordnete Werk in Unordnung, und wohl gar ins Stecken gerathen seyn.

g) Das. S. 345.

seyn. Denn achtzig Jahre später wurde beschlossen, die vormals im Gange gewesene Salpeterey binnen Landes wieder anrichten zu lassen h). Vierzig Jahre nachher aber wurde es vor der Hand bedenklich gefunden, um eines unbedeuten Vortheils willen auf das Gesuch eines Mannes, der das Salpetergraben in einem Amte (Herzberg) pachten wollte, einzugehen, „weil das Salpetergraben vorhin in andern „Aemtern bey deuen Unterthanen viel Querelen und „Ungelegenheiten verursacht habe" i).

Beylagen.

A.

Von Gottes Gnaden, Wir Heinrich Julius, Postulierter Bischoff zu Halberstadt, und Herzog zu Braunschweig und Lüneburgk, etc. Fügen allen und jeden unsern Stiftern und Clöstern, wie auch Drosten und beschlossen, Pfandt und Landsassen in unsern Fürstenthumben und Landen, hiemit in gnaden zu wissen, Wie das uns gläublich jedoch mit hoher Befrembdung vorkömmen, Wasgestalt ihr bey etlichen Clöstern auch in unsern euch verunterpfendeten Aembtern, Forwergken und habenden Gerichten nicht allein ohne unser vorbewust das Salpetersieden und Lecken besondern auch denselben aus unsern Fürsten-

thumben

h) Beylage B.

i) Beylage C.

thumben und Landen beyde heimb- und öffentlich fremden ja unsern eigenen Widerwertigen zu verkauffen und zu verpartiren, gestatten, über das auch Privatnutzens halben, uns, als dem Landesfürsten und hoher Obrigkeit zu nachtheil und fürfang, euch des Zehenden und vorkauffs anmassen und zu dem Ende den Salpetersiedern von euch allerhand vorschub an Holze und anderm geschehen soll. Wann wir dann solches hinführo keinesweges zu gestatten, vielweniger bey jetzigen ohnedas geschwinden Leufften unsere Widerwertige dadurch sterken zu lassen gemeint, In mehrer betracht, das diß ohne das solche Dinge seyn, welche unter unser Fürstenthumbe regalia mit gehören, und euch keinesweges sondern der hohen Obrigkeit zustehen, Inmassen solches auch in andern Chur- und Fürstenthumben also üblich und gehalten wirdet. So haben demnach wir zu weiter Verhütung dessen allen, anjetzo unserm bestallten General Inspectorn, über alle und jede in unsern Fürstenthumben und Landen vorhandene Salpetersieder und Pulvermacher und lieben getrewen Meister Niclausen Wedekinden kraft dieses ernstlich auferlegt und befohlen, sich der Endts bey euch auff unsern Clöstern, Pfandthäusern, einhabenden Gerichten und Forwergken anzugeben, sich der Dinge zu erkundigen und alle und jede befindende Salpetersieder und Pulvermacher laut unsers ihme zu dem Ende zugestellten special schriftlichen Befehligs in unsere sonderbahre Aydtspflicht zu nehmen. Befehlen derowegen euch allen und jeden wie obsteht, bey unser höchsten Ungnade auch poen Zweyhundert Heinrichsstedtischer Mark hiemit ernstlich und wollen, daß ihr gedachten unsern General Inspectorn in deme nicht allein nicht

hinderlich seit, sondern auch euch solcher sachen das Salpetersieden und Lecken, so wol auch das Pulvermachen betreffend, zuvörderst aber des Zehenden und Vorkauffs nun fort genzlich abethut und dagegen gedachtem unserm General Inspectorn und dessen verordneten Salpetersieder und Pulvermacher zu fortsetzung desselben gemeinen unserm Fürstenthumb zum besten, aus unsern Geholzen alle mögliche Beförderung erzeiget und erweiset. Dann wofern in deme kein gebürlicher gehorsamb uud folge gespüret werden sollte, hat derselbige ferner austrücklichen Befehlig, allen findenden Salpeter, Pulver, Kessel und ander Geräth zu unser Behueff genzlich zu confisciren und einzuziehen, wie wir uns dann daneben der verwirkten straff auf allen fall gebürlich zu erholen austrücklich vorbehalten haben wollen. Ebenmäßig wollen wir unsern Beambten insgemein ernstlich und bey gleicher Strafe hiemit eingebunden, aufferlegt und befohlen haben, da sonsten ausserhalb unser Vestung des einen oder andern Orts in ewren anbefohlenen Aembtern, es sey in Stetten oder Dörffern einige Salpetersieder oder Pulvermacher vorhanden und anzutreffen wehren, daß sie dieselbige nicht allein an unsern bestallten general Inspectorn und Pulvermacher Meister Clausen Wedekindt, sich nach demselben so viel das Salpeter Sieden und Pulvermachen betrifft laut seiner Bestallung und daneben habenden special-Befehligs zu richten, verweisen und ihme die in ihrer Persönlichen gegenwart gebürliche Pflicht thun lassen, sondern auch dieselbige mit allem unnachläßigen Ernst dahin halten, daß sie kein Pulver oder Salpeter ausserhalb unser Fürstenthumbe und Lande bey Verlust des Guths und jedesmahl will-

willkührlicher straff fremden verkauffen und verpartieren, sondern was sie dessen allenthalben machen und zu überlassen haben auch sonsten immer zu wege bringen können, ihme unsern general Inspectorn und Pulvermacher zu unser Behuff einzig und allein gegen gebürliche billigmässige bahre Bezalung, welche ihr unsere beambten, jedes Orts, in deren Ambts District (es sey gleich bey Klöstern, unter denen vom Adel, in Stetten, oder Dörffern, da solche Pulvermacher oder Salpetersieder angetroffen und befunden werden) aus unsern euch anbefohlnen Aembtern jedesmahl gegen Quitanz entrichten, und darüber ein eigen Quitanzbüchlein halten sollet, verkauffen und folgen lassen müssen. Euch auch indeme nicht seumblich erzeiget, sondern vielmehr über dieser unser Ordnung ewren verwandnüs allenthalben treülich steiff und fest, es auch daneben gewis dafür halten, da wir das widerspiel, Connivenz oder eigennutz vermerken und dessen bestendig bericht werden, das wir alsdann solches an den Uebertreter, zu finden und wie man über unser wohlgemeinte Ordnung schuldiger Gebühr halten sol, in fleissige acht zu nehmen unvergessen seyn wollen. Dazu sich ein jeder wie obsteht endlich und künlich zu verlassen und wir sonsten den gehorsamb, fleiß und treue mit gnaden zu erkennen geneigt. Geben auf unserm Haus Herzberg am 23ten Augusti Anno 1609.

(L. S.)

Johann von Ußlar
D. mpp.

B.

Unsere ꝛc.

Demnach resolviret, die vormals im gange gewesene Salpeterey Binnen Landes wieder anrichten zu lassen, so begehren in Namen Revmi ꝛc. Sermi ꝛc. Unsers gnädigsten Fürsten und Herrn wir an Euch hiermit, Ihr wollet die alten Salpetergräber und Sieder, da deren in dem Euch anvertraueten Amte vorhanden, wieder herbey bringen und von denenselben vernehmen, ob Sie zu den Salpetergraben und sieden, fürters Belieben tragen, Gestalt dann solchen Falls dieselbe mit denen vorigen privilegiis hinwieder versehen auch auf gewisse Conditiones, mit Ihnen gehandelt und des Verlages oder Vorschusses halber Verordnung gemachet werden solle, und gleich wie von der Erklärung und allen Uebrigen requisitis und Nothwendigkeiten, so zu besagtem Ende nützlich erachtet werden möchten, Euren Bericht schleunigst, zu ferner Verordnung erwarten, also habt Ihr, denen Salpeter-Siedern ernstlich anzudeuten, das Sie sowoll indes als auch hinführo, bis weiterer Verordnung, den Salpeter an keine auswärtige Oerter bringen noch an fremde verkaufen, hingegen aber den Ort der Lieferung, auf Euren einlangenden Bericht, sobald erwarten sollen, Ihr habt Euch darnach zu achten, und sind Euch zu freundlichen Dienste und Willfahrung geneigt.

Hannover den 4ten May Ao. 1689.

Fürstl. Oßnabr. Br. Lüneb. Cammer Präsident, Geheimte und Cammer Räthe.

C.

C.

Unsere ꝛc.

Wir haben aus desselben und Eurer Relation vom 20ten dieses vernommen, was wegen des in dasigen Amt von Heinrich Wilhelm Eysbrand von Eysenach gesuchten Salpetergrabens berichtet worden.

Wann nun das von solchen offerirte Locarium, als der 10te Theil von allen den so er verkaufen würde, was ungewisses ist, und eine Kleinigkeit zu seyn scheinet, worauf man um deswillen, weilen das Salpetergraben vorhin in andern Aemtern bey denen Unterthanen viel Querelen und Ungelegenheiten verursachet, vor der Hand zu entriren bedenklich findet: So haben Wir solches demselben und euch hiemit ohnverhalten wollen, um darunter Supplicanten Behusige Bedeutung zu thun.

Wir seyn demselben und euch zu freundl. Diensten und Willfahrung geneigt.

Hannover den 31ten März 1731.

Königl. Großbr. zur Churfürstl. Braunschweig Lüneb. Cammer verordnete Cammer-Präsidente, Geheime Räthe, Geheime Cammer- und Cammer-Räthe

Hardenberg.

Herzberg.

XXVI.

Bey der Absonderung des Lehens vom Erbe können Wasserbäue den eigentlichen Gebäuden in der Regel nicht gleich geachtet werden.

Der Besitzer mehrerer Lehen hat einem seiner Söhne ein gewisses Lehen nebst den darauf befindlichen Gebäuden mit Ausschluß der übrigen Geschwister in seinem Testamente angewiesen. Durch dieses Lehen gieng ein Fluß, der durch einen kostbaren Wasserbau in seinen Grenzen gehalten werden mußte, welchen der Erblasser mit vielem Aufwande hatte aufführen lassen. Der Lehensfolger glaubte denselben unter den Ausdruck „Gebäude" mit begreifen zu können und auch deßwegen von aller Abfindung an seine Geschwister, vermöge der väterlichen Verordnung, frey zu seyn. Diese Meynung verdiente aber nur in so fern Beyfall, als der Wasserbau für eine Zubehörde der auf dem Lehen befindlichen Gebäude gehalten werden konnte a). Dieß war jedoch nicht

der

a) L. 91. §. 5. 6. D. de legatis 3.: „qui domum possidebat, hortum vicinum aedibus comparavit,

der Fall, sondern der befragte Wasserbau hatte die Verbesserung des Lehens überhaupt zum Zweck, und obgleich dem Lehensfolger die gesetzliche Vorschrift zur Seite zu stehen schien, wornach die letzten Willensverordnungen allezeit auf eine den Legatarien und Testamentserben günstige Weise erklärt werden sollen b); so konnte doch hier, wo der Ausdruck des Testires an sich nicht undeutlich oder zweifelhaft war c), den Allodial-Erben ihr rechtmäßiger Anspruch auf eine billigmäßige Abfindurg, in so weit, als das Lehengut durch den Wasserbau verbessert worden war d), um so weniger abgesprochen werden, als in der Regel alle dergleichen Vorrichtungen eben so wohl als Dämme, Deiche und Gräben, zu den Meliorationen zu rechnen sind e).

vit, ac postea domum legavit; si hortum domus causa comparavit, vt amoeniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur. Appellatione domus insulam quoque iunctam domui videri, si uno pretio cum domu fuisset comparata, et vtriusque pensiones similiter accepto latas rationibus ostenderetur."

b) L. 24. D. de reb. dub. L. 12, 56. D. de R. I.

c) L. 69. pr. D. de legatis 3.

d) II. Feud. 8. §. 1. II. Feud. 28. §. 2.

e) Hofmann, de iure separandi feudum ab allodio, Cap. 2. §. 5. Hommel, Pertinenz- und Erbsonderungs-Register, S. 39.

XXVII.

Der Lehensfolger, welcher die Früchte des Sterbejahrs bezieht, muß den Allodial-Erben die Culturkosten erstatten.

Benckendorf a) ist der Meynung, daß der Lehensfolger, welchem die Früchte des Sterbejahrs zufallen, nicht verbunden sey, die auf die Cultur der Güter verwandten Kosten den Allodial-Erben zu erstatten. Und einigermaßen hat er Recht, in so fern die Frage von dem Aufwande ist, der gemacht werden muß, um die Grundstücke in gutem, tragbarem Stande zu erhalten. Daher wird auch für die Düngung der Felder kein Ersatz geleistet b). Hingegen die Kosten, welche zum Zweck der Production der dem Lehensfolger zufallenden Früchte unmittelbar ver-

a) In der Oeconomia for. Thl. 4. S. 72.

b) L. 17. §. 2. D. de act. emti. Benckendorf, a. a. O. S. 50. 76. Hommel, Pertinenzregister Art. Mist.

verwendet sind, müssen allerdings erstattet werden. „Fructus enim eos esse constat, qui deducta impensa supererunt“ c).

Diese Kosten sind unstreitig aus dem Allodialvermögen des letzten Besitzers genommen. Da sie nun von den Früchten abgezogen werden müssen; so kann der Lehensfolger auf sie, als Allode, keinen Anspruch machen, sondern er ist verpflichtet, sie herauszugeben. Was Beneckendorf hiergegen anführt, ist ohne rechtlichen Grund und gegen die Entscheidung der Gesetze und der natürlichen Billigkeit, auf eine bloß eingebildete Absicht der ersten Erwerber gegründet und folglich in rechtliche Betrachtung nicht zu ziehen.

c) L. 7. pr. D. sol. matrim. L. 46. D. de usur.

XXVIII.

Ueber die Entbindung vom Eide, um klagen zu können.

Die Entbindung vom Eide, um klagen zu können, findet sowohl in peinlichen Fällen, als auch in Civil-Sachen Statt. Die bekannten Verordnungen des canonischen Rechts, wornach alle Eide gehalten werden müssen, welche ohne Verlust der ewigen Seligkeit gehalten werden können a), machen sie nothwendig, indem wenigstens eine vorläufige gerichtliche Untersuchung für erforderlich gehalten wird, wenn Jemand einen abgeleisteten Eid für ungültig ausgeben will, und demnach durch denselben an der Verfolgung seines vermeintlichen Rechts nicht gehindert zu seyn glaubt. Bey eidlich bestätigten Vergleichen, Verträgen und andern verbindlichen Handlungen kann ein solcher Fall am leichtesten vorkommen. So wie in peinlichen Fällen gewöhnlicher Weise widerrechtliche Gewalt zum Vorwand genommen wird; so

wird

a) C. 28. X. de iureiur. c. 2. de iureiur. in 6to.

wird bösliche Verleitung in Civil-Sachen als Grund der Ungültigkeit eines Eides angeführt. Auch ist dieß das einzige Mittel, ihn mit Erfolg anzufechten. Das canonische Recht selbst setzt die unbedingte Verbindlichkeit des Eides nur alsdann fest, wenn er nicht auf eine hinterlistige Weise entlockt worden ist b). Es ist jedoch hinreichend, wenn gezeigt wird, daß man zu dem Geschäfte, welches der Eid bekräftigen sollte, auf eine bösliche und betrügerische Weise verleitet worden sey, indem der angehängte Eid seine verbindliche Kraft verliert, so bald die Unverbindlichkeit des Hauptgeschäfts dargethan ist, und die bey diesem gebrauchte Hinterlist der Natur der Sache nach sich nothwendig auch auf den hinzugefügten Eid erstreckt c).

Ist einmal die bösliche Verleitung erwiesen; so steht der Klage auch die Verzichtleistung auf die Einrede des Betrugs oder der Hinterlist nicht entgegen d), und

b) Inscr. C. 28. X. de iureiur. Anacl. Reiffenstuel, ius can. univ. L. 2. tit. 24. §. 3. 4. G. L. Böhmer, Principia iur can. §. 336. Not. a.

c) Pufendorf, Obs. iur. univ. T. 3. Obs. 48. Cramer, Obs. iur. univ. T. 2. P. 1. Obs. 463. p. 33. Malblanc, doctrina de iureiurando §. 116. seq. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 118. f. Schorcht, von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen, Jena 1786.

d) L. 1. §. 7. D. depositi. L. 23. D. de reg. iur. Wernher, Obs. T. 2. P. 10. obs. 285.

und Katholiken so gut, als Protestanten können auf alle Fälle um Entbindung vom Eide bey dem competenten Richter bitten und sicher seyn, sie zu erlangen e), selbst wenn sie ihr förmlich, ja sogar gleichfalls eidlich, entsagt hätten. Denn durch den Beweis des doli verliert auch diese Clausel ihre rechtliche Wirkung f).

e) Malblanc, l. c. §. 121. seq. Schmidt, Inst. iur. eccl. Germ. T. 2. §. 205. de Rieggер, Inst. iurispr. eccl. P. 2. §. 774.

f) Stryk, de caut. contract. Sect. 1. cap. 5. §. 28.

XXIX.

XXIX.

Ueber verschiedene Anzeigen, womit der Beweis des doli geführt werden kann.

Je listiger der eigennützige Betrüger sich zu verstecken weiß, desto schwerer würde der Beweis des doli seyn, wenn es nicht gesetzlich angenommen wäre, daß er auch durch dringende Anzeigen dargethan werden könne a). Selbst die Reichsgesetze erklären sogar bey dem schweren Verbrechen des Landfriedens-Bruches den Beweis des doli ex circumstantiis, perspicuis indiciis seu evidentia facti für hinreichend b). Um wie viel mehr muß dieses bey bürgerlichen Geschäften und Rechtshändeln Statt finden!

Mit Beyfall der Gesetze nimmt man daher an, daß derjenige zu einem Geschäfte hinterlistiger Weise verleitet sey, dem man, seiner Erkundigung ungeachtet, die wahren Umstände und Verhältnisse verheimlicht, die

a) L. 6. C. de dolo malo: „dolum ex indiciis perspicuis probari convenit".

b) R. A. v. 1594. §. 69.

die ihm zuwachsenden Vortheile grösser, als sie wirklich beschaffen sind, so wie die Gegenstände, die er aufgiebt, unbedeutender, als sie sind, darzustellen sucht, die verlangte Einsicht von Rechnungen, Urkunden u s. w. auf eine künstliche Weise ablehnt – kurz! die Wahrheit verschweigt undverhirgt. Dolus enim malus etiam in eo est, qui insidiose obscure dissimulat c), et celatio eorum, quae edi debent, dolum in se habet d). Kommen nun noch gar falsche Vorstellungen hinzu, wird die Wahrheit nicht bloß verschwiegen, sondern auch durch Unwahrheit verdrängt und dadurch ein Entschluß bewirkt; so ist die hinterlistige Verleitung um so weniger zu bezweifeln, nam qui persuasione falsa inducitur, dolose decipitur e). Kann überdieß derjenige, welcher böslicher und hinterlistiger Weise verleitet zu seyn behauptet, darthun, daß er durch das eingegangene Geschäft in Schaden gesetzt, vielleicht gar übermäßig verletzt worden sey; so ist ein dringendes indicium doli mehr wider seinen Gegner vorhanden f).

c) L. 43. §. 2. D. de contrah. emt. Hertius, resp. 250. n. 4. resp. 338. n. 11.

d) L. 8. pr. D. de edendo. L. 43. D. contrah. emt. vend. Mevius, Dec. P. 9. dec. 38. P. 6. dec. 103.

e) L. 31. D. de const. pec. L. 9. §. 1. L. 31. D. dolo malo. Mevius, Decis. P. 9. decis. 140.

f) Böhmer, Dec. et Cons. T. 2. P. 1. resp. 140. n. 13. 17. Cons. Tub. Vol. 1. Cons. 59. n. 46. Mevius, Dec. P. 9. dec. 372. n. 4.

XXX.

Ueber die Zulässigkeit der Notariats-Zeugenverhöre zur Bescheinigung des jüngsten Besitzstandes.

I. Von der Statthaftigkeit des summarischen possessorischen Processes — Beziehungsweise. II. Nothwendigkeit der Bescheinigung zur Erlanguug des richterlichen Schutzes. III. Natur der Bescheinigung und Unterschied zwischen derienigen, die zur Begründung eines Gesuches, und derjenigen, welche im Laufe des Processes geführt wird. VI. Bescheinigung. wie sie im summarischen possessorischen Processe erforderlich ist. V. Zulässigkeit der Notariats-Zeugenverhöre, sowohl überhaupt, als auch VI. nach der reichsgerichtlichen Praxis. VII. VIII. Erörterung einiger Zweifel. IX. Wer Schutz beym jüngsten Besitze sucht und die Bescheinigung durch Zeugen beybringen will, hat die Wahl zwischen der außergerichtlichen nnd gerichtlichen Abhör derselben. X. Ohne Unterschied, ob Gnfahr auf dem Verzuge haftet oder nicht. XI. Zweckmäßigkeit dieser in dem gemeinen Processe geltenden Grundsätze.

§. 1.

Ein Gesuch um Schutz bey dem jüngsten Besitze veranlaßt das sogenannte possessorium summarissimum, momentaneum, summarium, provisionale,

oder den summarischen possessorischen Proceß. Unter welchen Umständen derselbe für statthaft zu halten ist, soll hier nicht untersucht werden. Die Meynungen der Rechtsgelehrten sind darüber sehr getheilt. Einige wollen ihn nur zulassen, wenn der Besitz unter beyden Parteyen streitig ist a), andere, wenn grobe Thätlichkeiten zu besorgen sind, oder sonst bey dem Verzuge eine beträchtliche Gefahr eintritt b). Jedoch wird von der Praxis vieler, besonders der niedersächsischen Gerichtshöfe bezeugt, daß auch außer solchen Fällen dem summarischen possessorischen Processe Statt gegeben werde. „Quamvis, sagt Pufendorf, summariissimi processus adstrictus sit ad eos casus, vbi periculum armorum et violentiae praesens est, tamen in imperio passim, praesertim in illis provinciis, quae camerae imperialis iurisdictioni non subsunt, magis magisque prolatus est, vt eidem etiam extra casum praesentis armorum periculi metusque seditionis locus sit. Quod ipsum et quotidie in terris nostris Saxoniae inferioris videre licet“ c). Für den churbraunschweigischen Proceß ist die Streitfrage gesetzlich entschieden, da die Ober-Appellationsgerichts-Ordnung zwischen dem possessorio summariissimo, wo metus armorum oder ein anderes dergleichen periculum in mora vorhanden, und wo kein

a) Danz, Summarische Processe, §. 16.

b) Claproth, Summarische Processe, §. 31.

c) Pufendorf, Indrod. in processs. civ. Br. L. P. 1. c. 6. §. 4.

kein periculum in mora oder kein metus armorum befindlich ist, förmlich und ausdrücklich unterscheidet *), folglich dasselbe in beyden Fällen als statthaft anerkennt. Im allgemeinen ist es zum Zweck der gegenwärtigen Erörterung genug, vorauszusetzen, daß der summarische possessorische Proceß in einem gegebenen Falle Statt habe, und dann die Frage entstehe, ob zur Bescheinigung des jüngsten Besitzstandes und der Besitzstörung ein Notariats-Zeugenverhör hinreichend sey oder nicht? — Diese Frage soll nunmehr vorerst nach den Grundsätzen des gemeinen Processes, ohne Rücksicht auf besondere Landesgesetze und Gerichts-Observanzen, untersucht und geprüft werden.

§. 2.

Die possessorischen Rechtsmittel überhaupt, und das summarische insonderheit, gehören zu denjenigen, wo, wie die Gesetze sagen, a praecepto, ohne vorhergehende Erkenntniß angefangen werden mag d). Der Hauptzweck unbedingter gerichtlicher Befehle ist Schutz gegen eigenmächtige Störungen des Besitzstandes e), und hauptsächlich Erhaltung des bereits erlangten Besitzes. Um vorläufig den gerichtlichen Schutz zu erlangen, ist es genug die neueste Be-

*) O. A. G. O. Thl. 2. Tit. 8. Sect. 1. §. 8.

d) Concept der C. G. O. Thl. 2. Tit. 25. im Eing.

e) Pütter, Proc. Imp. §. 152. M. Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 236.

sitzhandlung für sich zu haben. In diesem Falle kann um Schutz bey dem neuesten Besitzer gebeten werden f), und dieser Schutz kann sich nicht anders äußern, als indem dem Imploraten befohlen wird, aller Störungen des Besitzstandes sich zu enthalten. Dieß hat jedoch nur Statt, wenn sowohl der neueste Besitz, als die angebliche Störung bescheinigt ist, da ohne Bescheinigung keine Mandate erkannt werden dürfen g). Diese Grundsätze gelten, als gemeinrechtlich h), im Zweifel bey jedem teutschen Gerichtshöfe, dem nicht darüber besondere Vorschriften ertheilt sind.

§. 3.

Die Natur der zur Auswürkung eines gerichtlichen Befehls jederzeit erforderlichen Bescheinigung besteht hauptsächlich darinn, daß sie nicht den Zweck hat, den Gegner zu überführen, sondern vielmehr dem Richter den Vortrag des Imploranten so wahrscheinlich, als möglich zu machen. Da es dem Imploraten freysteht, gegen jedes richterliche Gebot Erschleichungseinreden vorzubringen und auch damit seine

f) Claproth, a. a. O. §. 37. Danz, a. a. O. §. 17. 18.

g) R. A. v. 1654. §. 79.: „Alle Supplicanten sollen ihre narrata zugleich etlicher Maßen bescheinigen, damit der Referent in Erkennung der Processe nicht malitiose hintergangen und verurtheilt werden möge."

h) D. A. v. 1600. §. 15. R. A. v. 1654. §. 137.

seine Gegenbescheinigung zu verbinden; so hat es vorerst der Implorant nicht mit ihm, sondern mit dem Richter zu thun. Daher bedarf es bey einer Bescheinigung durch Zeugen keiner Fragstücke und keiner Ladung des Imploraten, damit er die Zeugen vorstellen und beeidigen sehe. Bloß das ist erforderlich, daß der Richter von den Zeugenaussagen, wie sie wirklich erfolgt sind, vollständige und glaubwürdige Kenntniß erlange i). Dieses gilt indessen hauptsächlich nur von der Bescheinigung, welche zur Auswirkung des Schutzes bey dem Besitze und des richterlichen Gebots, erforderlich und von dem Imploranten mit seinem Gesuche zugleich beyzubringen ist, dahingegen bey der im Laufe des Processes freywillig angetretenen oder vom Richter auferlegten Bescheinigung zwar immer summarisch verfahren werden muß, jedoch nach dem Ermessen des Richters in einem oder dem andern Puncte einige Annäherung an das ordentliche Beweisverfahren Statt finden kann k). Auch fällt der Unterschied von selbst in die Augen, welcher zwischen einer Bescheinigung, um ein Mandat auszuwirken, und einer solchen, welche die Rechtfertigung und Bestätigung oder aber die Anfechtung eines bereits ausgewirkten Mandats zur Absicht hat, nothwendig eintreten muß.

§. 4.

i) Leyser, Medit. ad Pand. T. 4. Spec. 259. med. 1. 2.

k) Vergl. R. A. von 1654. §. 79. und D. A. von 1600. §. 61. und Clem. 2. de Verbor. Signif.

§. 4.

In Ansehung des summarischen possessorischen Processes insonderheit stimmen die meisten Rechtsgelehrten darinn überein, daß es zu dessen Begründung hinreichend sey, wenn der Implorant seinen Vortrag einigermaßen bescheinigt l), und daß zu diesem Zwecke selbst die summarische Vernehmung der Bescheinigungszeugen genüge m). Auch liegt es in der Natur der Sache, daß die für den ordentlichen Proceß und für das förmliche Beweisverfahren ertheilten Vorschriften n) auf diesem Fall nicht anwendbar sind, wie solches von dem summarischen Verfahren überhaupt gesetzlich anerkannt ist o). Bey dem summarischen possessorischen Processe kömmt es lediglich auf die Thatsache des Besitzes und überall nicht auf dessen rechtliche Beschaffenheit an p). Es bedarf daher keiner weitläuftigen Erörterung, da der Zweck der erforderlichen Bescheinigung so äußerst beschränkt und einfach ist, und eben deßwegen halten die

l) „Sufficit in summariissimo mediocris probatio informatoria. Pufendorf. Proc. civ. Br. Lun. P. 1, cap. 6, §. 2. — „Sufficiens habetur probatio, etsi aliqualis solum nec nisi semiplena fuerit". Brückner, de differentiis possessorii ordinarii et summariissimi §. 20.

m) Böhmer, de vero usu remedii possessorii ordinarii et summariissimi cap. 1. §. 5.

n) C. 2. X. de testibus.

o) Clem. 2. de verbor. signif.

p) Brückner, l. c. §. 6.

die meisten Rechtsgelehrten dafür, daß bey dieser Bescheinigung, sie möge gleich anfangs, oder erst im Laufe drs Rechtsstreits beygebracht werden, mithin sogar ohne Rücksicht auf den so eben bemerklich gemachten wichtigen Unterschied (§. 3.), nur die aus der Natur der Sache selbst fließenden Erfordernisse zu beobachten seyen q). Keine Ladung, um die Zeugen vorführen und beeidigen zu sehen, ist erforderlich, keine Einreden gegen die Zeugen finden in der Regel Statt, keine besonderen Fragestücke werden zugelassen, keine feierliche Eröffnung des Rotuls wird erkannt, keine Schriftsätze über die geführte Bescheinigung werden verstattet r). Am treffendsten scheint folgende Schilderung des ganzen zu beobachtenden Verfahrens zu seyn; „De modo procedendi in possessorio momentaneo multae oriuntur in foro lites. Sat quidem ille determinatus videtur in Clem. 2. de verbor. signif. At supersunt etiam post Clementinam hanc dubia, in quibus decidendis ego illam semper ante oculos habeo regulam, quam Engelbrechtus noster in compendio iurisprudentiae lib. 43. §. 11. sic proponit: in hoc processu summario remotis om-

q) Claproth, Summarische Processe, §. 36. S. 87. §. 50. S. 101. Danz, Summarische Processe, §. 18. und die daselbst angef. Schriften.

r) Claproth, Danz, a. a. O. Böhmer, de vero vsu remedii possessorii ordinarii et summariissimi. Cap. 3. §. 10. Berger, Cons. cons. 792. arg. 8. Engau, Dec. P. 2. dec. 218. n. 3.

omnibus ambagibus, ſola facti veritate probabiliter inſpecta, ſummarie et celeriter proceditur, et illa tantum ſunt neceſſaria, quae ipſum ius naturae exigit. Quidquid itaque eſſentialiter ad verum indagandum neceſſarium non eſt, omitti oportet. Exemplo res optime illſtrabitur. Diſceptabatur aliquando operoſe, vtrum neceſſe eſſet, quum actor teſtes examinari petiiſſet, reum ad videndum iurare et danda interrogatorica citari. Negamus hoc. Citatio enim haec nihil ad verum indagandum confert, ſed eſt ſaltem ad melius eſſe, vt cum vulgo loquar. Probatio non adverſario fit, ſed iudici, qui ſi prudens et iuſtus eſt, proſpiciet ſatis, vt omnia recte et ordine fiant. Obiiciebatur quidem, quod in ſupra memorata Clementina et citatio adhiberi et deſenſiones legitimae admitti iubeantur. Verum ibi de citatione ad ipſam cauſae cognitionem ſermo eſt, quae omitti nequit, ne inauditus damnetur. Probationes autem admittendae ſunt vtique, ſi offerantur a reo, ſed ita, vt iudicium non morentur. Licet vtrique parti teſtes nominare. Eos iudex examinet, ſed confeſtim, maxime ſi periculum in mora eſt. Citatio adverſarii tempus longius poscit, inprimis quando ſpatium ad conficienda interrogatoria ipſi indulgendum eſt. Has igitur moras amputari oportet. Nec iniuria fit alteri parti, nec defenſio ipſi aufertur. Nam et huic, antequam ſententia feratur, teſtes vel eosdem, vel alios nominare, et interrogatoria in articulos commutare liberum eſt. Atque tunc iudex ſimiliter examen, non citato actore, deproperat,

perat, et, concluſa cauſa, ſententiam fert, excluſis diſputationibus atteſtationum, quas vocant" s). Der Zuſammenhang dieſer Stelle zeigt, daß auch hier vorzüglich von derjenigen Bescheinigung die Rede iſt, welche erſt, wenn der imploratiſche Theil gehört iſt, und nicht bloß zur Begründung eines vorläufigen Manuteneanz-Decrets unternommen wird. Was von dieſer gilt, muß aber noch vielmehr von der Beſcheinigung gelten, die ſogleich mit dem Schutzgeſuche verbunden wird.

§. 5.

Wenn nun die Beſcheinigung des jüngſten Beſitzſtandes und einer erfolgten Störung zur Begründung und Rechtfertigung des ſummariſchen poſſeſſoriſchen Proceſſes keine andere Erforderniſſe hat, als die ſo eben angeführten (§. 3. 4.); ſo ſcheint in dieſer Hinſicht die Zuläßigkeit eines Notariats-Zeugenverhörs keinen erheblichen Zweifeln ausgeſetzt zu ſeyn. Daß die Notarien berechtigt ſind, Zeugen abzuhören, iſt aus der Notariats-Ordnung t), und aus der täglichen allgemeinen Praxis klar. Daß die von ihnen aufgenommenen Zeugen-Rotule dem Zwecke der Beſcheinigung (§. 3.) vollkommen entſprechen, fällt von ſelbſt in die Augen. Die Beſcheinigungszeugen werden von dem Notar in Gegenwart zweyer Zeugen beeidigt und über die Beſcheinigungs-

s) Leyſer. Med. ad Pand. Vol. 7. Spec. 508. med. 1. 2. 3.

t) Eingang, §. 6.

nigungsartikel vernommen. Was sie auf ihren geleisteten Eid aussagen, wird zu Protocoll genommen und in einen ordentlichen Rotul gebracht. Was dieser enthält, von dem muß man glauben, daß es die Zeugen, so wie es da steht, ausgesagt haben. Denn ihre Aussage hat der Notar in Gegenwart zweyer Zeugen mit seinen Sinnen vernommen, und den darauf gerichteten Zeugnissen und Instrumenten der Notarien gebührt völliger Glaube u). Ein von einem Notar verfaßter Zeugen-Rotul hat also alle die Eigenschaften, welche vorhanden seyn müssen, um die Thatsachen, worauf ein Gesuch um Schutz bey dem jüngsten Besitze gegründet wird, dem Richter so wahrscheinlich als möglich zu machen (§. 3. 4.). Die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten, welche zur Bescheinigung des jüngsten Besitzstandes Notariats-Zeugenverhöre zulassen v), verdient daher den Vorzug vor der entgegengesetzten w), welche die Erfordernisse einer bloßen Bescheinigung mit denen eines eigentlichen, förmlichen Beweises zu verwechseln scheint.

§. 6.

u) Not. Ordn. a. a. O. Pütter, Inst. iur. pub. §. 137.

v) Claproth, Summarische Processe. §. 36. S. 87. Danz, Summarische Processe §. 18. Gribner, Principia processus iudiciarii L. 2. cap. 7. §. 11. Brückner, de differentiis possessorii ordinarii et summariissimi §. 15. Wernher, T. 1. P. 4. Obs. 42.

w) Engau, P. 1. dec. 38. und 299. n. 15.

§. 6.

Auch finden zum Zwecke der Bescheinigung bey beyden höchsten Reichsgerichten Notariats-Zeugenverhöre allezeit Statt. „Testes, sagt Pütter x), si tantum ad demonstrationem in testimonium vocantur, etiam coram notario et testibus examinari possunt. Isque rotulus notarialis tunc tanquam adiunctum una cum scripto, in quo allegatur, exhibetur seu producitur in vim demonstrationis, modo iusiurandum testium haud neglectum sit.“ Dieses wird durch einen gemeinen Bescheid des kaiserlichen Reichs-Cammergerichts ausdrücklich bestätigt, worinn zwar die Notariats-Zeugenverhöre für unzureichend zu endlicher Entscheidung eines ordentlichen Rechtshandels erklärt, hingegen zu außergerichtlicher Erkennung der Processe, auch zuweilen in summarischen Sachen für hinlänglich erkannt werden y).

§. 7.

Wenn daher gleich im ordentlichen Proceß nach der Natur der Sache und der darauf gegründeten gemeinen und reichsgerichtlichen Praxis Notariats-

x) Proc. Imp. §. 92. — Vergl. Tafinger, iurisprudent. cam. §. 747. Hanzely, Anleitung zur neuesten Reichshofraths-Praxis, §. 1090.

y) Gem. Besch. v. 9. Febr. 1733. in L. B. de Cramer, Obs. iur. univ. T. 5. Obs. 1387. p. 726. und Tafinger, iurispr. cam. §. 814. Note d.

riats-Zeugenverhöre zum Beweis völlig unbrauchbar und unstatthaft sind; so folgt doch daraus nicht, daß eben dieses auch im summarischen und noch dazu im höchst summarischen possessorischen Processe in Ansehung der Bescheinigung gelten müsse. Durch den Beweis sollen Thatsachen völlig ins Klare gesetzt werden; durch die Bescheinigung bloß wahrscheinlich gemacht. Bey dem Beweise wird gewöhnlich ein Beweis-Termin bestimmt, über die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit der Zeugen gehandelt, dem Producten freygelassen, Fragstücke zu übergeben, den vorgeschlagenen Zeugen vielleicht die Ablegung ihres Zeugnisses anbefohlen — und dieß alles kann nur der competente Richter. Aber dieß alles fällt bey der Bescheinigung hinweg. Es bedarf dessen nicht und was dabey wesentlich nöthig ist (§. 3. 4. 5.), dazu hat der Notar mit seinen Zeugen die völlige gesetzliche Fähigkeit. Er kann die Bescheinigungszeugen, die sich freywillig stellen, (und thun sie daß nicht, so ist ein Notariats-Zeugenverhör unmöglich), beeidigen, über die Artikel befragen, ihre Antworten niederschreiben und sodann in einem ordentlichen Rotul bringen. Weiter ist aber zum Zwecke der Bescheinigung nichts nöthig. Dabey wird es auch nicht darauf ankommen, daß allerdings ein förmliches gerichtliches Zeugenverhör mehr dazu geeignet ist, eine Sache völlig aufzuklären, als das einseitige Notariats-Zeugenverhör, indem durch dieses nicht bewiesen, sondern bloß bescheinigt werden soll. Der Implorant überreicht den von dem Notar verfaßtrn Zeugen-Rotul als eine Urkunde zur Begründung und Rechtfertigung seines Gesuches. Diese Urkunde verdient

dient nach der ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze völligen Glauben, und wenn man vielleicht den Notarien, wegen mancher von Einzelnen bewiesener Unzuverläßigkeit, nicht ganz zu trauen geneigt seyn dürfte; so wird man doch dieses Mißtrauen in Ländern, wo die Notarien nicht anders, als mit Genehmigung der höchsten Behörden zur Praxis zugelassen werden, wenigstens als rechtlichen Entscheidungsgrund, und folglich auch nicht als Beweggrund eines rechtlichen Erkenntnisses geltend machen dürfen.

§. 8.

Erheblicher scheint der Zweifel zu seyn, daß der imploratische Theil durch die Zulassung eines Notariats-Zeugenverhörs allzusehr in Nachtheil gesetzt werde. Allein auch dieser Zweifel fällt hinweg, wenn man in Erwägung zieht, daß eines Theils der Implorat die ihm allezeit frey bleibenden Erschleichungseinreden (§. 3.) auf gleiche Weise bescheinigen kann, ja daß es ihm verstattet ist, die Zeugen seines Gegners nochmals gerichtlich abhören zu lassen. Dahingegen hat er, wenn der Implorant den Grund seines Schutzgesuches durch Zeugen, die über Artikel und Fragstücke gerichtlich abgehört worden sind, darthut, keine andere Zuflucht mehr, als — den ordentlichen possessorischen oder den petitorischen Proceß. Auch aus dieser sehr auffallend verschiedenen Wirkung des einseitigen außergerichtlichen und des förmlichen gerichtlichen Zeugenverhörs ergiebt sich, daß man bey jenem lange nicht so sehr, als bey diesem auf alle Förmlichkeiten und Feyerlichkeiten des ordentlichen

Beweisverfahrens zu halten hat; ja daß diese Strenge sogar völlig zweckwidrig seyn würde.

§. 9.

Wenn nun zur Erlangung des gerichtlichen Schutzes bloß einige Bescheinigung erforderlich ist (§. 2.) und zu dieser Notariats-Zeugenverhöre jederzeit hinreichend sind (§. 5); so muß es jedem, welcher sich in dem Falle befindet, gerichtlichen Schutz nachzusuchen, freystehen, die Bescheinigung, wenn er sie durch Zeugen führen will, entweder auf einen Notariats-Zeugenrotul oder auf die gerichtliche Vernehmung der Zeugen zu begründen. In jenem Falle hat er seine Obliegenheit erfüllt, wenn er seinem Gesuche einen Rotul beyfügt, welcher alle Erfordernisse eines Notariats-Instruments hat. Im zweyten Falle übergiebt er mit seinem Gesuche zugleich Bescheinigungsartikel und bittet, darüber die Zeugen gerichtlich zu verhören. Aber auch hier muß das Gericht auf die oben beschriebene Weise (§. 4.) ganz summarisch verfahren, so daß auch von ihm im Wesentlichen weiter nichts beobachtet wird, als was der Notar bey seinem Zeugenverhöre gleichfalls zu beobachten hat. Ja! wenn selbst nach vorgängiger Vernehmlassung des Imploraten von dem Imploranten freywillig oder in Gemäßheit einer gerichtlichen Auflage Bescheinigung beygebracht wird; so ist nach der gemeinen und Reichspraxis auch da noch ein Notariats-Zeugenrotul zulässig (§. 4. 5. 6.), und der Richter, welcher etwa um Abhörung der Zeugen ersucht wird, muß, wie Claproth z) sagt, mit aufgespann-

z) Summar. Proc. §. 50. S. 101.

gespannten Segeln verfahren, keine Fragstücke fordern, wider die Zeugen keine andern, als die erheblichsten Einreden zulassen u. s. w.. Indessen kann allerdings, wenn es die Lage der Sache verstattet, bey dem gerichtlichen Zeugenverhöre umständlicher verfahren werden, jedoch nur wenn der Producent damit zufrieden ist, welcher auf die möglichste Beschleunigung ein vollkommenes Recht hat. Will er sichs gefallen lassen, daß die Artikel seinem Gegner mitgetheilt und dessen besondere Fragstücke gefordert werden; so kann ihm freylich in der Folge der aufzunehmende Zeugenrotul mehr Vortheil gewähren, als wenn er die Zeugen bloß einseitig von einem Notar hätte verhören lassen.

§. 10.

Wenn übrigens der summarische possessorische Proceß in einem gegebenen Falle einmal für statthaft erkannt ist; so kann die Zulässigkeit eines Notariats-Zeugenverhörs von dem Umstande weiter nicht abhangen, ob Gefahr auf dem Verzuge haftet, Gewaltthätigkeit und Selbsthülfe zu besorgen ist, oder nicht. Ohnehin finden ja bey dem summarischen Processe überhaupt nach der gemeinen und Reichspraxis zum Zwecke der Bescheinigung, vorzüglich wenn es bloß auf Begründung eines rechtlichen Gesuches ankömmt, die außergerichtlichen Zeugenverhöre jederzeit Statt (§. 5. 6.), ohne daß auf jenen Umstand Rücksicht genommen wird. Ueberdieß geben gewöhnlich thätliche Vorschritte: Pfandungen, eigenmächtige Einfälle in fremdes Eigenthum, oder andere dergleichen Besitzstörungen zu Streitigkeiten über den

neuesten

neuesten Besitzstand Veranlassung, so daß bey einiger Verzögerung der Rechtspflege leicht wirkliche Gewaltthätigkeiten zu besorgen sind. Daher sagt Berger a) nicht mit Unrecht: „vix vlla credatur esse possessio, in qua non arma metuantur“ und es giebt Fälle, wo man mit Grund vermuthen kann, daß es zu Thätlichkeiten kommen werde, als: bey Jagd- Forst- Hude- Zehent- und Erndte-Streitigkeiten b). Gemeiniglich will auch jeder Theil die letzte Besitzhandlung für sich haben, und auch in diesem Falle tritt die gegründete Besorgniß ein, daß die Parteyen sich gewaltthätige Handlungen erlauben möchten c). Wenn es also auch in Rücksicht auf die Zulässigkeit der Notariats-Zeugenverhöre irgend darauf ankommen sollte, ob Gefahr auf dem Verzuge hafte; so würde doch der Richter, daß dieses wirklich der Fall sey, im Zweifel allezeit annehmen, und, um nachtheilige Folgen zu verhüten, die Ausübung seines Amts möglichst beschleunigen müssen, wenigstens nie die Rechtshülfe durch überflüssige Weitläuftigkeiten aufhalten dürfen.

§. 11.

Entschiede nun aber auch die gemeine Praxis nicht so ganz bestimmt für die Zulässigkeit der Notariats-Zeugenverhöre zur Bescheinigung des jüngsten Besitzstandes; so würde es doch immer gerathener

a) Elect. proc. poss. §. 3.
b) Claproth, Sum. Proc. §. 31. S. 80.
c) Danz, Sum. Proc. §. 16. Note b.

ner seyn, diesen Grundsatz in die Praxis aufzuneh-
men, als ihn aus derselben zu verweisen. Es ist
offenbar mit der Natur des summarischen possessori-
schen Processes nicht vereinbar, die Bescheinigung
mit allen Förmlichkeiten des ordentlichen Beweises
zu belasten, und einer Processart, die dem Executiv-
Processe an Schnelligkeit gleich kommen soll, Fesseln
anzulegen. Wenigstens wird dieß immer ein auf-
fallender Verstoß gegen die Theorie seyn, wenn es
sogar auf die mit dem ersten Schutzgesuche
bindende Bescheinigung ausgedehnt wird. Besitz-
handlungen und Besitzstörungen können gemeiniglich
nicht anders, als durch Zeugen bescheinigt werden.
Gegen letztere kann Niemand ohne Bescheinigung
schleunigen Schutz erhalten. Wie umständlich ist
aber ein gerichtliches Zeugenverhör! Dahingegen
kann in wenigen Tagen ein Notariats-Zeugenrotul
aufgenommen seyn und sodann dem Schutzgesuche
als bescheinigende Beylage hinzugefügt werden. Ge-
waltthätigkeiten zu verhüten, ist der Hauptzweck des
summarischen possessorischen Processes. Wird man
nicht desto eher dazu geneigt werden, je mehr man
überzeugt ist, daß man, ohne eine wahrscheinliche
Besorgniß derselben, schleunige Hülfe nicht erlangen
wird? Nimmt ein Gericht nur in diesem Falle Nota-
riats-Zeugenverhöre an; so wird es selten schwer
fallen, durch einige Thätlichkeiten ihnen die erforder-
liche Qualification zu verschaffen. Auch wird der
Implorant die erforderliche Bescheinigung durch ausser-
gerichtliche Zeugenverhöre in der Regel wohlfeiler
erlangen können, als wenn er genöthigt wird, die
Bescheinigungszeugen gerichtlich abhören zu lassen.

XXXI.

Von der Confrontation zwischen Eltern und Kindern.

Die Confrontation ist ein von den Practikern erfundenes, durch die Praxis sowohl, als durch die mehrsten Landesgesetze gebilligtes Mittel, bey peinlichen Untersuchungen die Entdeckung der Wahrheit zu erleichtern. Es können entweder Zeugen unter einander, oder Zeugen und Inquisiten, oder Inquisiten unter einander confrontirt werden. In allen diesen Fällen kann es dem Richter lediglich darum zu thun seyn, eine möglichst genaue und zuverläßige Kenntniß von den Thatsachen zu erhalten, auf welche es ankömmt. Sein Zweck ist nicht, den Inquisiten zu überführen, sondern die Wahrheit zu erfahren. Er richtet sein Augenmerk nicht bloß auf das, was bey der Confrontation über die Hauptsache hin und her geredet wird; sondern auf alle Nebenumstände, auf gelegenheitliche zur Sache scheinbar nicht gehörige Aeußerungen, auf das Benehmen der Leute gegen einander, auf die mehr oder weniger in die Augen fallenden Gemüthsbewegungen, so wie auf ihr Aussehen, ihre Minen und Gebehrden. Die

Con=

Confrontation erfordert daher eine angestrengte Beobachtung, und diese einen feinen und geübten Beobachtungsgeist und eine mehr als gewöhnliche Menschenkenntniß, wenn sie alle Vortheile gewähren soll, die man sich von ihr mit Recht versprechen kann.

Wird sie nicht mit aller Sorgfalt und Unparteylichkeit, ohne Vorurtheil, mit gleichem Eifer für die Entdeckung der Unschuld, als für die Ueberführung des Inquisiten, wird sie nicht mit der äußersten Vorsicht, um weder zu viel noch zu wenig zu thun, geführt; so bleibt sie entweder ohne Erfolg, oder sie schadet gar mehr als sie nützt. Die Gerichte sind nun, so viel wenigstens das gemeine Recht betrift, bey dem Gebrauche der Confrontation durch positive Bestimmungen nicht eingeschränkt, sondern es bleibt alles der richterlichen Klugheit überlassen. Schon dieses rechtfertigt den Wunsch, daß die Confrontation nicht so leicht und häufig, wie meistens geschieht, angewendet werden möchte a).

Indessen scheint bey einem beschränkten Gebrauche derselben hauptsächlich auf die zweckmäßigste Auswahl der Fälle, wo sie von Nutzen seyn kann, und weniger auf die genauere Bestimmung der Personen, unter welchen sie Statt finden soll, Rücksicht zu nehmen zu seyn.

a) Vergl. Kleinschrod, de restringendo confrontationum in causis criminalibus usu; in dessen Abhandl. aus dem peinl. Recht. ꝛc. Nro. 3.

Was insonderheit den letztern Punct betrift; so sind die Rechtsgelehrten nicht völlig darüber einverstanden, in wie fern die Verwandschaft der Confrontation hinderlich seyn könne, und einige halten überhaupt dafür, daß sie alsdann nicht Statt finde, wenn derjenige, der bey derselben den andern bezüchtigen soll, diesem eine besondere Achtung schuldig ist b), also hauptsächlich nicht zwischen Eltern und Kindern zur Ueberführung der ersteren durch letztere.

Ob nun gleich diese Streitfrage in der Lehre von der Confrontation nicht mit Unrecht für die weniger interessante gehalten werden dürfte; so scheint doch eine genauere Erörterung derselben hier nicht unzweckmäßig zu seyn, da man in Rücksicht auf den churbraunschweigischen Criminalproceß eine ausdrückliche landesherrliche Erklärung zum Grunde legen und die theils aus der Natur der Sache, theils aus den Landesgesetzen fließenden näheren Bestimmungen derselben umständlicher auseinander setzen kann.

Diese landesherrliche Erklärung ist unterm 28. Jan. 1739 an die königliche Justitzcanzley zu Hannover ergangen, und durch eine Criminal-Untersuchung veranlaßt worden, in welcher ein Sohn mit seiner Mutter confrontirt worden war. Diese wurde jedoch nachher absolvirt, und in dem deßwegen erlassenen königlichen Rescripte hinzugefügt: „Und finden „wir der letzten halben zu erinnern, was maßen es „besser

b) Böhmer, Elem. iur. crim. §. 227. u. a. m.

„besser gewesen wäre, wenn derselben Sohn zu ihrer „Ueberzeugung mit ihr nicht confrontirt worden, weil „sich so wenig schicket, als gültig ist, daß in de„lictis die Kinder ihre Eltern accusiren, oder über„zeugen, und daher die Inquisition dadurch nur auf„gehalten worden, welches den Beamten zur künfti„gen Direction zu bedeuten seyn wird."

Der hier aufgestellte Satz geht dahin: es sey unschicklich und ungültig, daß in delictis die Kinder ihre Eltern accusiren oder überzeugen. Bey der nähern Erörterung dieses Satzes ergiebt sich:

1) daß von dem Falle, wenn Kinder und Eltern so zu confrontiren sind, daß jene durch diese überführt werden sollen, hier die Rede nicht ist;

2) daß die Confrontation zwischen Eltern und Kindern, wo es nicht sowohl um Ueberführung, als vielmehr um Entdeckung der Unschuld zu thun ist, wie solches besonders, um anscheinende Widersprüche in den Aussagen zu heben, zu vereinigen oder sonst zu erläutern, bisweilen der Fall seyn kann, der, Natur der Sache nach weder für unschicklich noch ungültig gehalten wird;

3) daß, wenn Eltern die Confrontation mit ihren Kindern selbst verlangen sollten, eine Ausnahme, die ihnen zu Ehren eingeführt ist, von selbst hinwegfällt.

Itt-

Im Wesentlichen wird in dem Rescript vom 28. Jan. 1739 bloß die schon oben angeführte Meynung derjenigen Rechtsgelehrten gebilligt, welche dafür halten, daß die besondere Achtung, wozu Kinder gegen ihre Eltern verpflichtet sind, die Confrontation unter ihnen in der Absicht, um diese durch jene zu überführen, unschicklich, und daher ungültig sey, denn die Unschicklichkeit ist als der Grund der daraus hergeleiteten Unzuläßigkeit oder Ungültigkeit anzusehen.

Diese Ungültigkeit ist mithin in dem befragten Rescripte nicht eigentlich festgesetzt, sondern als den bekannten Rechten gewäß angenommen. Hieraus folgt denn, daß die darin enthaltene landesherrliche Erklärung nicht als eine unbedingte, allgemeine Regel, die weiter keine besondere Bestimmung zuließe, angesehen werden kann, sondern nach den gemeinen Rechten und Landesgesetzen zu verstehen ist.

Hierbey ist nun zuförderst unter den verschiedenen schon oben bemerkten Fällen, wo die Confrontation eintreten kann, zu unterscheiden. Sollen nemlich 1) Eltern und Kinder gegen einen dritten Inquisiten, als Zeugen confrontirt werden, so ist davon in der Regel für beyde Theile kein Nachtheil zu besorgen, indem der Zweck dieser Confrontation gewöhnlich dahin geht, die Zeugenaussagen unter einander zu berichtigen und durch nähere mündliche Erörterung in Harmonie zu bringen, wenn bey den einzelnen Verhören dießfalls ein Mangel bemerkt wird. In dieser Hinsicht kann also die Confrontation zwischen Eltern und Kindern unbedenklich geschehen.

Mög-

Möglich ist aber bey einer solchen Confrontation auch die Absicht, einen Zeugen durch den andern einer falschen Aussage, vielleicht gar eines Meineides zu überführen und in diesem Falle wird die Confrontation der Eltern und Kinder nach den Grundsätzen zu beurtheilen seyn, welche von der Confrontation der Zeugen und Inquisiten gelten, indem alsdann eine bloße Confrontation der Zeugen, als solcher, nicht mehr vorhanden ist.

Entsteht 2. die Frage, ob Eltern und Kinder, als Zeugen und Inquisiten gegen einander zu stellen seyen; so sind jene entweder Denuncianten oder aufgeforderte Zeugen. Finden sich Kinder durch Umstände veranlaßt, oder gar gedrungen, gegen ihre Eltern als Denuncianten aufzutreten; so hat das Gericht nach sorgfältiger Prüfung lediglich zu ermessen, ob und in wie fern eine Confrontation anzustellen seyn möge. Zu Zeugen können ohnehin den Gesetzen nach Eltern und Kinder gegen einander nicht aufgefordert noch viel weniger gezwungen werden c). Indessen wird jedoch hiervon mit Recht eine Ausnahme gemacht, wenn die Entdeckung großer Verbrechen auf andere Art nicht bewirkt werden kann d). Unsere Criminal-Instruction ver-

c) L. 9. D. 1. 6. C. de testibus. Criminal-Instruction, Cap. 8. §. 9. 10.

d) Carpzov, Iurispr. forens. P. 4. const. 16. def. 50. Berger, El. discept. for. p. 718. Meister, Pr. iur. crim. §. 416-417. Pufendorf, Proc. crim. cap. 15 §. 10-13.

verordnet, daß nahe Verwandte, als Eheleute, Eltern, Kinder und Geschwister wider ihren Willen Zeugniß gegen einen Beschuldigten abzulegen nicht gezwungen werden sollen. Jedoch wird es den Justiz-Canzleyen überlassen, nach Gelegenheit und Bewandniß der Sachen auch hierin ein anderes zu erkennen e). Auf was für Umstände hierbey Rücksicht zu nehmen ist, zeigt eine vorhergehende Vorschrift, wo in Beziehung auf die mindere Glaubwürdigkeit naher Verwandten folgendes bestimmt ist: „Wenn die Wahrheit entweder nach des delicti Beschaffenheit, als in delictis occultis, oder nach Gelegenheit des Orts oder der Zeit anderer gestalt nicht herausgebracht werden kann; soll das Gericht in dem Inquisitions-Proceß, sonderlich bey großen und Capital-Verbrechen, auch solche Zeugen, wenn sie von der That Wissenschaft haben, ohne Unterschied vorfordern und zu Ablegung des Zeugnisses, jedoch nur summarisch, zu des Urthels-Fassers Information, keinesweges aber iurato anhalten und der Justiz-Canzleyen rechtlichem Ermessen, ob und wie weit dergleichen, in peinlichen Sachen sonsten untüchtigen Zeugen, Glauben beyzulegen, und ob sie beeidigt werden können, anheim zu stellen" f). Wenn nun in gewissen Fällen Eltern und Kinder, zum Zeugniß gegen einander gezwungen werden könnten; so folgt von selbst, daß in solchen Fällen auch die Confrontation unter ihnen Statt haben muß g).

Wenn

e) Crim. Instr. C. 8. §. 10.

f) Crim. Instr. Cap. 8. §. 4.

g) Pufendorf, Proc. crim. cap. 16. §. 5.

Wenn endlich 3. Eltern und Kinder als Mitschuldige einer peinlichen Untersuchung unterworfen sind; so wird es lediglich darauf ankommen, ob die Confrontation sonst nach allgemeinen Grundsätzen Statt finden kann. In diesem Falle muß es dem Richter verstattet seyn, ein zur Entdeckung der Wahrheit dienliches, erlaubtes Mittel, so bald er es den Umständen angemessen hält, in Anwendung zu bringen, da bey Menschen, die sich in eine Gemeinschaft von Verbrechen begeben haben, der Grund der Unschicklichkeit, auf welchem die Unzulässigkeit der Confrontation zwischen Eltern und Kindern doch allein beruhen soll, unmöglich mehr passend seyn kann.

XXXII.

Ueber die Concurrenz gleich competenter Gerichte bey Vormundschafts-bestellungen.

In denjenigen Ländern, wo keine eigenen Pupillen- oder Vormundschafts-Collegien angeordnet sind, ist die Sorge für Minderjährige und die Bestellung oder Bestätigung ihrer Vormünder in der Regel den ordentlichen bürgerlichen Obrigkeiten überlassen. Steht mehreren Gerichten concurrente Gerichtbarkeit über sie zu; so entscheidet, wie bey gerichtlichen Fällen, so auch hier die Prävention d. h. dasjenige Gericht, welches zuerst obervormundschaftliche Vorkehrungen trift, schließt in dieser Hinsicht das andere aus. Hierbey kann aber ein zweyfacher Unterschied eintreten, indem erstlich entweder nur vorläufige Verfügungen zur Sicherheit einer Verlassenschaft oder aber förmliche obervormundschaftliche Vorkehrungen getroffen, insonderheit Vormünder bestellt werden. Durch die letzteren Handlungen allein wird das Recht der Oberaufsicht über die Vormundschaftsverwaltung erworben. Die ersteren Verfügungen können

nen

nen daneben bestehen, geben aber dem Gerichte, von welchem sie herrühren, keinen ausschließenden Anspruch auf die Vormundschaftsbestellung selbst, sondern wenn das andere concurrirende Gericht damit zuerst eintritt, so hat es in dieser Rücksicht und in Ansehung aller davon abhangenden Folgen die Prävention für sich. Der zweyte Unterschied beruht darauf, ob ein Gericht von Amtswegen, oder auf Anrufen derer, welchen es zukömmt, obervormundschaftliche Vorkehrungen getroffen hat. Die der letztern Art verdienen vor jenen den Vorzug, da bey zwey oder mehreren concurrirenden Gerichten eines Theils den Parteyen die Wahl nicht genommen, andern Theils den Gerichten selbst die Freyheit nicht gelassen werden kann, einander gegen den Willen der Interessenten durch schleunige Official-Verfügungen auszuschließen. Diese Grundsätze werden durch mehrere Rescripte des K. Ober-Appellationsgerichts zu Celle bestätigt, welche in Beziehung auf die Verhältnisse das K. Hofgerichts und der K. Justitzcanzley zu Hannover, ergangen sind. So ward im Jahr 1779 eine von ersterem getroffene vorsorgliche Official-Verfügung zwar genehmigt, dabey aber bemerkt, daß durch diese an und für sich zu billigende präparatorische Vorkehrung, denjenigen, welchen es zukam, die gehörige Bevormundung zu urgiren, das Recht nicht habe benommen werden können, bey welchem der beyden Gerichte sie für gut gefunden, um Bestellung der Vormünder nachzusuchen. Da nun dieses bey K. Justitzcanzley geschehen war, so wurde die Gerichtbarkeit derselben in Ansehung der Vormundschaftsbestellung und der fernern obervormundschaftlichen Erforderniß für gegründet erkannt; ohne

daß

daß solches als nachtheilig für das Ansehen des erstern Gerichtshofes gehalten wurde, indem dessen anfängliche wohlbefugte Official-Verfügung dadurch keineswegs vereitelt ward, sondern nichts destoweniger ihren vollen Werth in alle Wege behielt. In einem späteren Rescripte ist der Grundsatz förmlich aufgestellt, daß „wenn ein Richter von demjenigen, der für die Bevormundung Sorge zu tragen berechtigt und verbunden ist, angegangen worden, durch ex officio erlassene Verfügungen eines in der Gerichtbarkeit mit jenem concurrirenden Richters, wenn auch solche früher emanirt seyn sollten, eine Prävention überall nicht, und um so weniger begründet werden und Statt haben möge, als sonst diesem die ihm zustehende electio fori allemal benommen werden könnte."

XXXIII.

XXXIII.

Ueber die reichsgerichtlichen mandata de administranda iustitia und deren Grenzen.

Wenn bey den höchsten Reichsgerichten über solche Gerichte, welche ihnen unmittelbar unterworfen sind a), wegen verweigerter oder verzögerter Rechtspflege Beschwerden geführt werden; so können sie, nach Maßgabe der dabey eintretenden Umstände, die Sache entweder sogleich durch eine Citation super protracta vel denegata iustitia, oder aber nach vorher ohne Erfolg erlassenem Promotorial-Schreiben zur eigenen Entscheidung an sich ziehen, oder auch ein mandatum de administranda iustitia erkennen b). Von diesem soll hier allein die Rede seyn.

Wenn die Sache von der Beschaffenheit ist, daß sie selbst an die Reichsgerichte nicht gebracht werden kann c); so bleibt nichts übrig, als ein solches Mandat auszubringen. Ist hingegen die Sache an die Reichsgerichte devolubel; so hängt es von der Wahl der

a) Conc. d. C. G. O. Thl. 2. Tit. 1. §. 1. Tit. 28. Eing.

b) M. Grundriß d. reichssger. Verf. u. Praxis §. 329.

c) Das. §. 101. f. Dieß kann jedoch auf die geistlichen Sachen nicht mit erstreckt zu werden, weil zugleich erforderlich ist, daß der Richter den Reichsgerichten unmittlbar unterworfen sey, und der geistliche Richter, als solcher, ihrer Obergerichtbarkeit nicht untergeben ist. Das. §. 104.

der Parthey ab, ſtatt einer Ladung ſuper protracta vel denegata iuſtitia, ein mandatum de adminiſtranda iuſtitia nachzuſuchen d), welchem auch ein unbeſchränktes Appellations-Privilegium nicht entgegen ſteht e). In jedem Falle muß dem Mandat ein Schreiben um Bericht vorhergehen f), und wenn es hierauf erkannt wird; ſo kann deſſen Zweck kein anderer ſeyn, als den Richter anzuhalten, die Juſtitz ohne Weigerung oder Zögerung zu verwalten. Dieß ſetzt nun nothwendig voraus, daß dem Impetranten „auf ſein Erſuchen zu Recht nicht verholfen, oder ihm das kündlich verſagt, oder mit Gefährde verzogen worden ſey“ g), und hieraus folgt, daß die Reichsgerichte lediglich bey dem Befehle, die Juſtitz zu verwalten, ſtehen bleiben müſſen, und in die Sache ſelbſt (die merita cauſae) auf keine Weiſe eingreifen dürfen. Dieſe können ſie nur allein ihrer Cognition alsdann unterziehen, wenn eine citatio ſuper protracta vel denegata iuſtitia ſtatt hat; ein mandatum de adminiſtranda iuſtitia aber begründet ihre Gerichtbarkeit in Anſehung der Hauptſache keinesweges. Und ſelbſt das Mandat, ſo gut wie die Ladung wegen verweigerter oder verzögerter Rechtspflege, fällt, als unſtatthaft, hinweg, wenn keine wahre Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege vorhanden iſt, ſondern

d) Tafinger, Inſt. iur. cam. §. 588.

e) Iaup, Diſſ. de privilegiorum de non appellando S. R. I. ſtatibus conceſſorum effectu quoad querelas nullitatis, querelas denegatae ſeu protractae iuſtitiae, mandata de adminiſtranda iuſtitia aliaque remedia, §. 10.

f) Wahlcap. Art. 19. §. 7. Iaup, l. c. §. 16.

g) C. G. O. Thl. 2. Tit. 1. §. 2.

dern wenn der Richter nach vorgängiger Prüfung die Rechtspflege verweigert oder aufschiebt, weil er dafür hält, daß sein Amt gar nicht, oder doch noch nicht eintreten könne. Vielleicht wird eine Klage, als zu früh angestellt, vorerst zurückgewiesen, oder auch wohl gar nicht angenommen, weil sie nach der Meynung der Greichts keine Justitzsache betrift. Die Partey, die sich dadurch beschwert hält, wendet sich an ein Reichsgericht nnd stellt vor, die Klage sey völlig zu rechter Zeit angebracht, sie betreffe eine wahre Justitzsache – die Rechtspflege sey daher verzögert oder verweigert und ein mandatum de administranda iustitia wohl begründet. Es fällt jedoch in die Augen, daß hier eine Beschwerde — nicht über die Amtsführung des Richters, sondern über dessen rechtliche Beurtheilung einer Streitsache zum Grunde liegt. Solche Beschwerden müssen aber im Wege der gewöhnlichen Rechtsmittel am gehörigen Orte, in der gebührenden Form angebracht werden h), indem dem Unterrichter nicht sowohl eine gänzlich verweigerte oder verzögerte, als vielmehr eine auf unrichtigen Gründen beruhende Rechtspflege zum Vorwurf gemacht wird. Iudex autem inique licet vel iniuste procedens, nihilominus functus est officio suo i). Sollte daher auch ein Reichsgericht im Wege der Appellation competent seyn; so bleibt doch immerhin die Einleitung der Sache in den Mandats-Proceß aus dem Grunde der verweigerten oder verzögerten Rechtspflege völlig unstatthaft. Sind hingegen die Reichsge-

h) I. H. Böhmer, de origine, progressu atque indole querelae denegatae vel protractae iustitiae, §. 26. Iaup, l. c. §. 11.

i) de Cramer, obs. iur univ. T. 4. P. 1. obs. 536.

gerichte gar in Ansehung der Sache incompetent; so liegt die Unrichtigkeit einer solchen Procedur sogleich klar vor Augen. Und dieß ist vorzüglich bey den reichsständischen Ober-Appellationsgerichten der Fall, deren Erkenntnisse durch die privilegia de non appellando illimitata der Beurtheilung der höchsten Reichsgerichte gänzlich entzogen sind. Sobald daher ein Ober-Appellationsgericht eine Sache nach vorgängiger Prüfung abgewiesen hat; so können die höchsten Reichsgericht deren Annahme durch mandata de administranda iustitia nicht befehlen, weil sie eben dadurch ein Erkenntniß über die Sache selbst sich anmaßen würden.

In Sachen der Stadt Olpe gegen die dort bestandene Baucommission hatte das Churcöllnische Ober-Appellationsgericht zu Arnsberg 1790 die gegen einen Regierungsbescheid eingewandte Appellation, weil sie eine bloße Policeysache betreffe, als unzuläßig, verworfen, und dagegen der Appellantische Theil beym Kaiserlichen Reichs-Cammergericht 1796 ein mandatum de administrando iustitiam ausgewirkt, welchem noch die Ordination angehängt war; man versehe sich zum Ober-Appellationsgericht, dasselbe werde zu mehrerer Bezeigung seiner Unparteylichkeit in dieser einzelnen Sache die Acten dereinst auf gebührendes Ansuchen ad impartiales verschicken. Dieß geschah; obgleich aus den oben angeführten Gründen mit Recht dafür gehalten werden konnte, daß das Churcöllnische Tribunal durch das ergangene Mandat in seinen gesetzmäßigen Rechten gekränkt worden sey, und daher dessen Befolgung von sich abzulehnen, wohl befugt gewesen wäre.

Gedruckt bey Joh. Thom. Lamminger, Hofbuchdrucker.

Bayerische Staatsbibliothek München

500.-
Mai 84

p260.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Berg, Günther Heinrich <<von>>,

Juristische Beobachtungen und Rechtsfälle

Bd.: 1

Hannover (1802)
Jur.opp. 8-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571204-4